Die straflose Vortat.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde,
vorgelegt
der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg i. Br.
von

Iwan Lilienfeld
Referendar in Berlin.

1933

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Württemberg)

Referent: Herr Professor Dr. Erik Wolf.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Einleitung.

A. Die straflose Vortat — kein Fall von Handlungseinheit.
Handlungseinheit liegt vor:
I. in natürlichem Sinne bei
1. echter Idealkonkurrenz,
a) ungleichartiger,
b) gleichartiger.
2. Fällen von Gesetzeskonkurrenz.
a) Nach herrschender Meinung fallen darunter:
α) Spezialität und Alternativität,
β) Subsidiarität,
γ) Konsumtion.
b) Alle drei nur Maßstäbe für die Wertung der Rechtsverletzung.
c) Wirkliche Handlungseinheit nur bei
α) Spezialität,
β) einigen Fällen von Konsumtion.
3. Diese letzteren sind Fälle unechter Idealkonkurrenz.
II. in juristischem Sinne: bei einheitlichem Verbrechen.
1. Das fortgesetzte Delikt.
2. Sonstige Fälle „gesetzlicher Einheit".
a) Kollektivdelikt,
b) Dauerdelikt,
c) Zusammengesetztes Delikt.

B. Die straflose Vortat — ein Fall von Handlungsmehrheit bei juristischer Verbrechenseinheit.
I. Handlungsmehrheit liegt vor:
1. bei der echten Realkonkurrenz.
a) Die Begriffserfordernisse,
b) Die Wertung der Rechtsverletzungen als Verbrechensmehrheit.
2. bei der unechten Realkonkurrenz.
a) Die Verwirklichung von Handlungen.
b) Die Bewertung dieser Handlungen.
α) Das Fehlen ihrer Selbständigkeit.
β) Die Rechtsgüterabwägung.
γ) Das Ausscheiden des einen Vorgangs als deren Folge.

II. Die straflose Vortat als Fall von Verbrechenseinheit.

1. Das Wesen der Verbrechenseinheit.

a) Abweichende Ansicht Honig's.

b) Die Einordnung in die unechte Realkonkurrenz.

2. Auf dieser Grundlage juristische Verbrechenseinheit

a) durch Aufzehrung.

α) des einen Tatbestandes durch den anderen: Spezialität und Alternativität,

β) der einen Handlung durch die andere: Konsumtion.

γ) In diesen Fällen keine straflose Vortat, da unechte Idealkonkurrenz vorliegt.

b) Durch die Mittel-Zweckbeziehung von Vor- und Haupttat.

α) Die Straflosigkeit der Vortat bei Erfüllung eines vollständigen Tatbestandes durch das Mitteldelikt.

αα) Fälle willkürlicher Verwirklichung des Mitteldelikts.

ββ) Fälle notwendiger Verwirklichung des Mitteldelikts, insbesondere das Verhältnis von Gefährdungs- und Verletzungsdelikt.

β) Straflosigkeit der Vortat bei Erfüllung einer an sich bei allen Delikten möglichen, zur Verwirklichung hinführenden Form.

αα) Fälle des Versuchs mit gleichzeitiger oder nachfolgender Vollendung.

$\alpha\alpha_1$) Straflosigkeit der Vortat bei einfachem Versuch,

$\beta\beta_1$) Straflosigkeit der Vorbereitungshandlung,

$\gamma\gamma_1$) Strafbarkeit der Vortat bei qualifiziertem Versuch,

ββ) Das Verhältnis von Teilnahme zur Täterschaft.

γγ) Fälle besonderer, zu selbständigen Tatbeständen erhobener zur Verwirklichung hinführender Deliktsformen.

C. Die Bedeutung der straflosen Vortat.

I. Im System des geltenden Rechts.

1. Die Rechtsprechung des RG. kennt nur

a) Gesetzeseinheit oder Gesetzeskonkurrenz,

b) „straflose Vorbereitungshandlungen".

2. Die Notwendigkeit der Trennung von strafloser Vortat als unechter Realkonkurrenz von anderen Konkurrenzfällen.

a) Beispiele aus dem Gebiete des StG.

α) Verbrechen und Vergehen gegen fremdes Vermögen, fremde Ehre und die Sicherheit des Rechtsverkehrs unter Berücksichtigung der Beamteneigenschaft des Täters.

β) Gefährdung und Verletzung fremden Eigentums und Lebens.

γ) Fälle mehrfachen Angriffs in der Richtung auf dasselbe Rechtsgut.

b) Beispiele aus strafrechtlichen Nebengesetzen.

α) Wirtschaftliche Delikte.

αα) Delikte gegen das geistige Eigentum und die Lauterkeit des Wettbewerbs.

ββ) Delikte gegen die Stellung der Gläubiger vor und im Konkurs.

γγ) Delikte gegen das Lebensmittelgesetz.

β) Politische Delikte.

II. Im werdenden Recht:

1. Der Wegfall der Trennung von Real- und Idealkonkurrenz in E. 25 und E. 27.

2. Bestehenbleiben der Notwendigkeit der Unterscheidung von strafloser Vor- und Haupttat, bzw. Haupt- und Nachtat.

Auswahl aus dem Schrifttum.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1922.

Alberti: Strafrechtliche Konsumtion. GerS. 76 (1910).

Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts. 1926.

von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. III. Bd. 1906—1909.

Bär, Die Subsidiarität. Diss. Heidelberg, 1927.

Baumgarten: Die Lehre von der Ideal- und Gesetzeskonkurrenz. Diss. Berlin 1909.

Begründungen zum Vorentwurf von 1909, zum Gegenentwurf des Vorentwurfs 1911.

Begründungen zu den amtlichen Entwürfen eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. 1925 u. 1927.

Beling, Der amtliche Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs in GerS. Bd. 91.

„ Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Bernier, Der Begriff der Idealkonkurrenz. Diss. Rostock 1928.

Calker, van Strafrecht. 2. Aufl. 1924.

Coenders, Ueber Idealkonkurrenz. 1921.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. I 1885.

„ Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, besonderer Teil. 2. Aufl. 1902/1904.

„ Beiträge zur Lehre von der Konkurrenz der Strafgesetze. Leipzig 1885.

Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Beilage zu GerS. 1879, Bd. 31.

Dalcke, Strafrecht und Strafprozeß. 23. Aufl. 1931.

Doerr, Deutsches Strafrecht. I. Allgemeiner Teil, 1920.

Dohna, Graf zu. Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und strafbarer Handlungen, in Aschrott-Liszt: Reform des StGB, S. 400 ff.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl. 1926. 18. Aufl. 1930.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904.

Freymann, Das Zusammentreffen von Verletzungs- und Gefährdungsdelikt. 1912.

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht. 1922.

„ Der amtliche Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches. 1925.

Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht. 1871/87.

Heyden, Die Subsidiarität der Strafgesetze. Diss. Erlangen 1907.

v. Hippel, Deutsches Strafrecht. Bd. I 1925. Bd. II 1930.

„ Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen. ZStW Bd. 42 u. 47.

Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen. I. 1901; II. 1908.

Honig, Straflose Vor- und Nachtat, 1927.
„ Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925.
„ Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen, in GerS. Bd. 92.
Kärcher, Idealkonkurrenz der Verbrechen, in GerS. Bd. 35.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht. Bd. I. 1890.
„ Leitfaden des deutschen Strafrechts. 1912.
Kohlrausch, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 28. Aufl. 1928. 29. Aufl. 1932.
Köhler, Grenzlinien zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz. 1900.
Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. 1912.
Leipziger Kommentar zum Reichsstrafgesetz. 4. Aufl. 1929.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 26. Aufl. 1932.
Mayer, M. E., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 1915.
Merkel, Paul, Konkurrenz: Verbrechenseinheit und Verbrechensmehrheit, in Vergl. Darst. A. T. Bd. V.
„ Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1927.
Merkel-Liepmann, Die Lehre von Verbrechen und Strafe. 1912.
Mezger, Strafrecht. 1931.
v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl. 1927.
Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1901.
Pflaum, Ueber Gesetzeskonkurrenz auf dem Gebiet des Strafrechts. 1898.
Pfefferle, Ueber Ideal- und Realkonkurrenz. Diss. Freiburg 1902.
Rüdorff-Stenglein: Kommentar zum Deutschen Strafgesetzbuch. 4. Aufl. 1892.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts. 1921.
Staudinger-Schmitt: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1927.
Schütze, Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage, in ZStW Bd. III.
Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1914.
Stenglein, Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs. 5. Aufl. I 1928. II 1931.
Schultz, Das Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen nach jetzigem und nach künftigem Strafrecht, in JRdsch. 1928 I.
Wach. Der neue Strafgesetzentwurf. Allgemeiner Teil, 1925.
Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.
„ Theorie der Verbrechenskonkurrenz. 1893.
„ Der Allgemeine Teil des Strafgesetzentwurfs von 1925, in GoltdA. Bd. 69.
Wegner, Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen in Aschrott-Kohlrausch „Reform des Strafrechts“ S. 182 ff.

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Deutsche Juristenzeitung. (DJZ).
Deutsche Richterzeitung. (DRZ).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (RGSt).
Gerichtssaal. (GerS).
Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. (Goltd.A).
Juristische Rundschau. (JRdsch.).
Juristische Wochenschrift. (JW).
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht. (LZ).
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. (Recht).
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. (Rspr).
Strafrechtl. Abhandlungen. (Strafrechtl. Abhandl.).
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. (ZStW).

Einleitung.

„Der Begriff der straflosen Vortat ist bisher keineswegs geklärt, bzw. seine systematische Einordnung in die Lehre vom Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen noch nicht erfolgt“ [1]). Im folgenden soll nun der Versuch einer systematischen Einordnung wie auch einer Bestimmung und Klärung des Begriffes der straflosen Vortat unternommen werden.

Unter A. erfolgt zunächst eine Abgrenzung gegenüber den Gebieten der Konkurrenzlehre, die, sei es in tatsächlicher, sei es in juristischer Betrachtung nur e i n e Handlung darstellen, also nicht als Vortat zu einer Haupttat in Beziehung gesetzt werden können, — unter B. die Einordnung unter die juristische Verbrechenseinheit trotz Handlungsmehrheit. Während wir uns sub. A. und B. mit dem Wesen der straflosen Vortat beschäftigen, soll unter C. von ihrer Bedeutung für die Praxis und das zukünftige Strafrecht gehandelt werden.

Das einzige bisher erschienene Werk, das die straflose Vortat — ebenso wie die straflose Nachtat — zusammenfassend darstellt, Honig's „Straflose Vor- und Nachtat“, wird im folgenden stets „Honig“ zitiert.

A.

In der strafrechtlichen Konkurrenzlehre ist es nicht üblich und meist auch nicht angebracht, Wort-Interpretation zu treiben. Zuweilen kann aber gerade sie wertvolle Stütze und Wegweiser für einen Begriff sein. Wenn man nämlich von einer Vortat spricht, so wäre das sinnlos, wollte man diesen Begriff nicht in Zusammenhang bringen mit einer anderen „Tat“, die entweder nun die Nachtat ist nach dieser Vortat oder überhaupt erst „die“ Tat. Da nun aber der Begriff der Nachtat bereits ein festeres Gepräge in der Doktrin und eine festere Ausgestaltung in der Praxis erfahren hat, ist es angebracht, die Vortat zu einer „Hauptat“ in Beziehung zu setzen. Bestehen nun aber zwei „Taten“, so heißt das doch, daß jede für sich eine Verletzung von Rechtsgütern enthält, denn sonst wäre es keine straf-

[1]) Honig, Straflose Vor- und Nachtat, S. 80.

rechtlich relevante „Tat“ [1]). Vortat ist aber nicht gleich Vorhandlung, und das mit gutem Grunde. Denn Handlung ist, zunächst ganz allgemein, ein Teil der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens oder einer Uebertretung, nicht schon das ganze vollendete Delikt. Dieses setzt sich aus Handlungen zusammen, — die wirklich einaktigen Delikte gehören doch zu den seltensten des ganzen Strafrechts. Nun kann auch „eine Mehrheit von Handlungen vom Gesetzgeber als ein Verbrechen betrachtet und mit einer Strafe belegt werden. Die Untersuchung der Frage, wann ein Verbrechen vorliegt, wann deren mehrere gegeben sind, setzt daher zunächst die Entscheidung der Vorfrage voraus, wann wir es mit einer, wann mit einer Mehrheit von Handlungen zu tun haben“ [2]). Auf jeden Fall aber kann man sagen: zu jedem Delikt gehört mindestens eine Handlung (bzw. Unterlassung). Spricht man also von Vortat oder Vordelikt, so müssen mindestens zwei Handlungen begangen worden sein: die eine hierbei, die andere bei der Haupttat (dem Hauptdelikt). Es zeigt sich also schon bei reiner Wortinterpretation ein Begriffsmerkmal der straflosen Vortat, das — wie später darzulegen — sogar zu den wesentlichen gehört: das Vorhandensein mehrerer, mindestens aber zweier Handlungen. Ferner aber folgt aus dem Wort: Vortat, daß die eine Handlung oder der Komplex von Handlungen, als den man gewöhnlich die „Tat“ bezeichnen kann, einem anderen Handlungskomplex oder wenigstens einer Handlung vorausgegangen sein muß. Freilich genügt die bloße zeitliche Aufeinanderfolge nicht, sondern wesentlich ist, daß zwischen den beiden „Taten“ eine bestimmte Beziehung obwaltet, sei es, daß einem vorgefaßten Plane gemäß die Handlungen verwirklicht werden, sei es, daß sich aus dem Gesetz selbst ihr Verhältnis zueinander ergibt. Diese Abhängigkeit und Bezogenheit der einen Handlung oder des einen Handlungskomplexes von einer oder einem voraufgegangenen ist die conditio iuris für das Vorhandensein einer Vortat.

Mit diesem Begriff allein ist nun noch nichts gewonnen, er muß erst Inhalt erhalten durch Einordnung in die Konkurrenzlehre, und hierbei ist leitender Gesichtspunkt das Wertverhältnis von Vor- und Haupttat festzustellen, und daraufhin dann für die Strafwürdigkeit leitende Grundsätze zu finden.

---

[1]) Vgl. hierzu Köhler, Grenzlinien, S. 15.

[2]) Liszt-Schmidt, § 52 S. 349; im Gegensatz hierzu Merkel, V.D.A.T. 289 ff., der auf die gesetzlichen Tatbestände, also die Delikte an sich, abstellt.

I.

Müßig mag es erscheinen, nach der Feststellung von schon in der Sprache zum Ausdruck kommender, also in diesem Sinne „natürlicher" Handlungsmehrheit bei Vortat und Haupttat nun noch besonders zu erwähnen, daß die straflose Vortat kein Fall von Handlungseinheit sei. Und doch ist diese Feststellung nötig. Das Strafgesetzbuch zeigt nicht nur in der Tendenz, sondern auch in seinem Wortlaut das Bestreben, durch Zusammenfassung von Strafen und Zusammenziehung von Delikten — vgl. die §§ 73 ff. StGB — zu mildern, auszugleichen und Gleichartiges auf gewisse Grundprinzipien zurückzuführen. Es ist darum auch nicht verwunderlich, daß die strafrechtliche Theorie, von demselben Streben geleitet, mit den Begriffen der Handlungs- oder Delikts- oder Verbrechenseinheit die begangenen Rechtsverletzungen unter einige wenige Grundbegriffe zu bringen versucht, wenn auch die Ansichten darüber, was zu dem einen, was zum anderen Begriff gehört, nicht nur geteilt und oft geradezu entgegengesetzt sind — vgl. die Definitionen von „Verbrechen" —, sondern sich im einzelnen sogar überschneiden — vgl. die Ansichten über die Gebiete der Gesetzeskonkurrenz.

Daher erscheint es angebracht klarzulegen, daß infolge tatsächlicher Handlungsmehrheit eine straflose Vortat niemals bei einem Fall von Handlungseinheit, auch nicht von juristischer, möglich sein kann.

1. Sie kann also niemals ein Fall von Idealkonkurrenz sein.

a) Schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, des § 73 StGB, geht hervor, daß es „eine und dieselbe Handlung" voraussetzt, durch die der Täter gegen das Gesetz verstoßen hat. Das „Gesetz", d. h. die Rechtsordnung, nicht ein einzelner gesetzlicher Tatbestand, denn es müssen ja „mehrere Strafgesetze" verletzt sein. Schon daraus aber, daß es nicht auf die Verletzung der in den einzelnen Paragraphen normierten Tatbestände ankommt, läßt sich das auch für die folgenden Untersuchungen wichtige Prinzip gewinnen: wesentlich ist dem Gesetz das, was der Täter getan hat, nicht was er an normierten Tatbeständen begangen oder zu begehen versucht hat.

Kommt es also in der Hauptsache auf die Handlung an, so läßt sich jedenfalls hier bei der Idealkonkurrenz aus der Einheitlichkeit dieser Handlung auf die Einheit des Verbrechens schließen. Das Gesetz wollte doch offenbar diese einheitliche Handlung nicht als eine Mehrheit von Verbrechen betrachtet

wissen. Die Idealkonkurrenz ist mithin nicht nur ein Fall von Handlungseinheit, sondern auch von Verbrechenseinheit.

b) Anerkannt ist allgemein, daß zu der Idealkonkurrenz auch der Fall gehört, bei dem eine Handlung dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt, also nicht nur die ungleichartige, sondern auch die gleichartige fällt unter § 73. Im Gesetz ist diese Regelung nicht getroffen, zweifellos entspricht sie aber seinem Willen. Es handelt sich hier um einen Fall von Verbrechenseinheit, denn es ist ja tatsächlich nur ein gesetzlicher Tatbestand verwirklicht worden. Die Rechtsverletzung selbst aber ist auch wieder durch eine Handlung erfolgt. Sonst wäre ja die Unterstellung unter den Tatbestand des § 73 unzulässig. Für das Verhältnis von Vor- und Haupttat scheidet also die echte Idealkonkurrenz infolge natürlicher Handlungseinheit völlig aus.

2. Das Gebiet der Idealkonkurrenz ist nicht erschöpft mit der Feststellung der durch eine einzige Handlung verwirklichten Tatbestände. Es gibt Fälle, wo tatsächlich mehrere Handlungen erfolgt sind, und doch § 73 StGB Anwendung finden muß. Hierher gehören das fortgesetzte und das Kollektivdelikt. Das Vorhandensein von Handlungsmehrheit dürfte wohl kaum bestreitbar und bestritten sein, aber die Frage taucht auf, „woran zu erkennen ist, ob gewisse Ereignisse nicht mehrfach unter gesetzliche Tatbestände (sei es unter die nämlichen, sei es unter verschiedene) bezogen werden müssen“ [1]). Zur Feststellung der für die Beantwortung dieser Frage notwendigen Unterscheidungsmerkmale müssen nach Köhler dann „bei der Realkonkurrenz die Grenzen gezogen werden zwischen der Mehrheit von selbständigen .... und unselbständigen Handlungen, bei der Idealkonkurrenz aber ist zur Abtrennung der Fälle der Gesetzeskonkurrenz zu untersuchen, welche Umstände die Annahme rechtfertigen, daß zwei gesetzliche Tatbestände nicht gleichzeitig nebeneinander auf eine Handlung angewendet werden sollen und welche umgekehrt ein Kriterium für die Idealkonkurrenz abgeben“ [1]). Gewiß muß Kohler zugegeben werden, daß es nötig ist, Grenzen zu ziehen zwischen Real-, Ideal- und Gesetzeskonkurrenz, vorher aber ist es notwendig, die Begriffe selbst in ihrem Wesen zu bestimmen.

Juristische Verbrechenseinheit und juristische Handlungseinheit weisen den Weg dazu. Worin ist nun der innere Grund für die Aufstellung solcher Begriffe zu sehen? Zweifellos sind sie im Gesetz selbst nicht geregelt und nicht zum Ausdruck

[1]) Köhler, Grenzlinien, S. 44.

gebracht. Zweifellos aber wollte der Gesetzgeber nicht alles das bestraft wissen, was der Täter an Tatbeständen verwirklicht hat, sondern nur das, was ihm als Verschulden zuzurechnen ist. Gewiß muß man sich dabei klar sein, daß damit zuweilen ein Tatbestand, dessen sämtliche Merkmale erfüllt sind, nicht zur Anwendung gelangt, und das heißt, daß er für die Strafzumessung nicht mitberücksichtigt wird, denn anders wird ein Strafgesetz nicht „angewendet". Diese Ausschaltung ist aber nicht Willkür und somit unzulässig, sondern sie entspricht dem Willen und der Absicht des Gesetzgebers, nicht blind dafür zu strafen, daß Handlungen begangen sind, die unter Tatbestände von Paragraphen des Strafgesetzbuches zu subsumieren sind, sofern nur dafür gestraft wird, daß Rechtsgüter, die geschützt werden sollen, verletzt sind. Eine solche Anwendung der Strafgesetze ist nicht contra, aber auch nicht secundum legem, sie ist praeter legem, und dies soll mit aller Deutlichkeit den Betrachtungen über die straflose Vortat vorangestellt werden.

a) Soweit in der Wissenschaft überhaupt der Begriff der straflosen Vor- und Nachtat erwähnt wird, wird er stets im Zusammenhang mit der Gesetzeskonkurrenz behandelt. Nicht nur über ihre Bedeutung und über ihr Wesen, sondern auch über ihre Berechtigung besteht Streit. Wiederum muß von der sprachlichen Ausdrucksform ausgegangen werden: Konkurrenz, d. h. also Zusammentreffen von Gesetzen umfaßt dieser Begriff, er sagt aber in keiner Weise, ob das Zusammentreffen erfolgt, wenn mehrere Taten bzw. Handlungen begangen sind oder nur eine Tat bzw. Handlung. Soviel aber läßt sich schon aus dem Wort entnehmen, daß Gesetzeskonkurrenz nur vorliegt, wenn bei einem der Beurteilung unterliegenden Sachverhalt mindestens zwei Paragraphen sozusagen auf den ersten Blick, bei oberflächlicher Betrachtung, in Frage kommen. Diese Konkurrenz von Gesetzen führt nun nach allgemeiner Meinung dazu, eines der in Betracht kommenden Gesetze auszuschalten. Man pflegt dann zu sagen, es liege Gesetzeskonkurrenz vor, da ein Spezialitäts-, Subsidiaritäts- oder Konsumtionsverhältnis vorliege. Der logische Schluß ist also: z. B. § 243 StGB lex specialis zu § 242, folglich Gesetzeskonkurrenz, folglich keine Anwendung des § 242. Die Tatsache der Gesetzeskonkurrenz ersetzt mithin die Begründung für die Nichtanwendung des einen Paragraphen, die Gesetzeskonkurrenz ist dann also in Wirklichkeit die Norm oder der Begriff, an dem das Ausscheiden des einen Gesetzes orientiert wird. Die auf den ersten Blick vorliegende Konkurrenz wandelt

sich also schon infolge der Einordnung unter den Begriff in eine Alleinherrschaft des einen Paragraphen um. Ein solcher Begriff ist innerlich widerspruchsvoll. Er allein vermag nicht zu klären, warum das eine Gesetz ausscheidet, wie es dazu kommt, und selbst die faktischen Grundlagen: eine oder mehrere Handlungen? sind nicht klar erkennbar. Zunächst aber muß es sich doch um die Erkenntnis handeln: Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit? Daher können die von der herrschenden Meinung als Unterfälle der Gesetzeskonkurrenz, bzw. als die Gesetzeskonkurrenz behandelten Spezialitäts-, Subsidiaritäts- und Konsumtionsverhältnisse nicht zum Ausgangspunkt genommen werden. Insofern ist also Honig[1]) zuzugeben, daß Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion nicht Unterfälle der Gesetzeskonkurrenz seien, sondern „gerade umgekehrt die Gesetzeskonkurrenz nur ein Anwendungsfall jener Grundsätze" ist. Und es ist ihm auch darin zuzustimmen[2]), „daß, wo von strafrechtlicher Vor- und Nachtat die Rede sein soll, mehrere Handlungen in natürlichem Sinne gegeben sein müssen", nicht aber kann ihm darin beigepflichtet werden, wenn er „als Mittel, die Straflosigkeit einer dieser Handlungen juristisch zu begründen, ... wiederum nur die das Verhältnis verschiedener Strafrechtssätze zueinander betreffenden Regeln der Spezialität, Konsumtion, Subsidiarität und Alternativität" heranzieht und dies sogar als „Ausgangspunkt seiner Problemstellung" betrachtet. Denn in der Lehre von der Anwendung der Strafgesetze, die doch die Konkurrenzlehre ihrem innersten Wesen nach ist[3]), kann nicht auf Grund abstrakter Begriffe die Straflosigkeit der einen Handlung festgestellt werden, sondern nur durch wertende Betrachtung der verletzten und an sich in Frage kommenden Gesetze. Es kommt daher nicht so sehr auf das logische Verhältnis an, in dem die einzelnen Rechtssätze zueinander stehen, sofern man nicht mit diesem Verhältnis zugleich die wertende Betrachtung meint. Aber es genügt nicht festzustellen, es liege in einem Falle z. B. Konsumtion vor, folglich scheide das eine Gesetz für die Anwendung bzw. Strafzumessung aus, denn damit ist noch nichts darüber gesagt, ob hier wirklich nur Gesetze konkurrieren oder tatsächliche Handlungen. Aus dem Begriff allein läßt sich noch nicht entnehmen, was für die strafrechtliche Beurteilung nicht in Betracht kommt, ob die Tat oder das Gesetz oder beide. Insofern

[1]) S. 12.
[2]) Honig, S. 11.
[3]) Vgl. Baumgarten S. 75/76.

unterscheidet sich unser Ausgangspunkt wesentlich von den Erörterungen Honig's, der in der Hauptsache darauf abstellt, darzulegen, wann Konsumtion, Subsidiarität oder Spezialität vorliegt. Hier werden diese nur als Maßstäbe betrachtet für die Wertung der Rechtsverletzung, nicht als Wertung selbst. Diese, nämlich der Ausspruch der Straflosigkeit, ist erst das Ergebnis einer vergleichenden Betrachtung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit und ihrem Verhältnis zur Verbrechenseinheit. Aus diesem veränderten Ausgangspunkt ergeben sich dann auch abweichende Folgerungen von denen Honig's. Den Grundfehler der herrschenden Meinung hat er bereits dargelegt: „Der auf eine Handlung als faktische Voraussetzung abgestellten Gesetzeskonkurrenz werden auch diese Erscheinungsformen des Verbrechens (nämlich Vortat und Nachtat), die ganz zweifellos mehrere Handlungen voraussetzen, unterstellt.“ [1]).

Vor der Kritik und der Behandlung der Fälle der Gesetzeskonkurrenz als bloße Maßstäbe der Wertung gilt es jedoch, diese Maßstäbe in ihrem Wesen zu bestimmen.

α) Grundsätzlich übereinstimmend wird die Spezialität behandelt. Sie ist gerechtfertigt aus Gründen der Logik; denn es ist eine Selbstverständlichkeit, daß, wenn ein Gesetz den Tatbestand des anderen zur Voraussetzung hat und nur zu diesem noch andere Merkmale hinzufügt, daß dann, falls auch diese erfüllt sind, eben nur das eine, nämlich das vollständigere auf die Tat Anwendung finden kann. Daher „läßt sich in reiner Abstraktion der Ausschluß des einen Gesetzes durch das andere bestimmen, eine Subsumtion des Falles unter das ausgeschlossene wäre sogar fehlerhaft, denn es ist schon vor der Subsumtion eliminiert“ [2]). Will man aber nicht so weit gehen, — und in der Tat ist dies eine Ueberspitzung der gedanklichen Operation, denn jeder schwere Diebstahl bleibt doch ein Diebstahl, es sei nur an § 243 Ziff. 5 (Bandendiebstahl) erinnert, dessen Anwendung doch zweifellos erst eine Subsumtion unter den Tatbestand des § 242 voraussetzt, — so ist doch zweifellos „Kennzeichen der Spezialität ... die Einreihung eines Merkmals in einen Grundtatbestand: dadurch wird ein engerer Begriff geschaffen, den der weitere umfaßt; somit verhält sich das speziellere zum generellen Gesetz wie die Art zur Gattung“ [3]), oder

[1]) S. 8.

[2]) Sauer, S. 482.

[3]) M. E. Mayer. Kap. II A. S. 502/03.

anders ausgedrückt: der Tatbestand des einen Gesetzes tritt hinter dem des anderen zurück, und zwar hier bei der Spezialität, weil „die Tatbestandsmerkmale mehrerer Strafdrohungen generisch zusammenfallen, die der einen jedoch durch spezifische Merkmale ausgezeichnet sind“ [1]).

Ebenso wie die Spezialität, die wie später darzulegen, für den Begriff der straflosen Vortat keinen verwendbaren Maßstab bildet, ist auch die Alternativität als der sonst an vierter Stelle behandelte Fall der Gesetzeskonkurrenz nur kurz zu streifen.

Nach Binding [2]) stellt sie einen Fall der Ausscheidung eines Gesetzes dar deshalb, weil das andere Gesetz für den konkreten Fall die strengere Strafbarkeit ergibt, während Honig sie dann annimmt, „wenn verschiedene Rechtssätze sich im Hinblick auf den Schutz eines und desselben Rechtsguts wie verschiedene Mittel zur Erreichung eines und desselben Zweckes verhalten“ [3]). Wenn er dann fortfährt: „Der Verschiedenheit der Mittel entspricht die Unvereinbarkeit der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale“, so ist kein Grund einzusehen, diesen Fall nicht unter die Spezialität einzureihen, denn der eine Tatbestand ist durch „spezifische Merkmale“ ausgestattet und für den „konkreten Fall“ ergibt das eine Gesetz die „strengere Strafbarkeit“. Das heißt doch aber nichts anderes, als daß es logisch begründet ist, in dem einen Fall nur dieses, im anderen nur jenes Strafgesetz anzuwenden, sei es nun, daß man sich auf den Standpunkt stellt: die Mittel oder die Strafbarkeit seien verschieden, — in jedem Falle ist das eine Gesetz das, das auf den konkreten Fall besser paßt als das andere. Das aber ist Spezialität; denn ob die Bewertung eines Sachverhalts zu dem Ergebnis führt, das eine anzuwendende Strafgesetz enthält vollständiger die zur Beurteilung stehende Tat oder ein besser passendes Mittel oder eine „konkretere Strafdrohung“, ist gleichgültig. Daher ist M. E. Mayers Ansicht, das spezielle Gesetz verhalte sich zum generellen wie die „Art zur Gattung“, nicht bedingungslos zuzustimmen, sondern dies ist dann immer anzunehmen, wenn überhaupt ein konkreter Tatbestand von einem Gesetz mehr umfaßt wird als vom anderen. Das ist aber auch dann der Fall, wenn zwei Gesetze in dem Verhältnis stehen, das mit Alternativität bezeichnet wird. Erkennt man also die Spezialtität als eine über-

[1]) Frank, 17. Aufl. § 73, S. 221.
[2]) I. S. 349 ff.
[3]) S. 113.

haupt mögliche Form des Verhältnisses zweier Gesetze zueinander an, so besteht für den Begriff der Alternativität kein Bedürfnis.

β) Anders dagegen die Subsidiarität. Hier entscheidet schon für den Begriff selbst nicht mehr die Logik, sondern hier sind andere Maßstäbe anzulegen. War für die Spezialität die „wertfreie", d. h. die lediglich auf einen Vergleich der Tatbestandsmerkmale beschränkte „Betrachtungsweise" anzuwenden, so bedarf die Subsidiarität der „wertbezogenen, d. h. der an der Zweckbestimmung der Rechtssätze... orientierten Betrachtungsweise"[1]). Der innere Grund für diese wertbezogene Betrachtungsweise, d. h. also dafür, daß überhaupt nicht nur die Tatbestände miteinander verglichen, sondern auch ihr innerer Kern in den Kreis analytischer Behandlung gezogen werden darf, dieser innere Grund liegt darin, daß auf Grund außerstrafrechtlicher Einflüsse und Anschauungen „die Bestrafung noch mit einem Tatbestand wegen des gleichzeitigen Vorliegens des anderen unnötig oder unbillig erscheint"[2]).

Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß ein solcher Begriff, der nicht im Strafrecht selbst verankert ist, sondern auf einer Wertung beruht, durchaus ungeklärt ist, da jede gesetzliche Norm fehlt. Was man nun unter Subsidiarität versteht, das wird am besten dadurch deutlich, daß man sich Franks Ansicht verdeutlicht.

Einerseits rechnet er sie zur scheinbaren oder unechten Idealkonkurrenz (Gesetzeskonkurrenz, von ihm selbst in Klammern gesetzt)[3]), andererseits zu den Fällen der scheinbaren oder unechten Realkonkurrenz, nämlich unter V. 3. b. zu § 74 zur mangelnden Deliktsmehrheit[4]). In der Tat ist der Begriff der Subsidiarität einer solchen vielfachen Deutung fähig; das liegt vor allem daran, daß bei allen Begriffen der Konkurrenzlehre zwei Gegensatzpaare in Frage stehen, nämlich eine Handlung — zwei Tatbestände, zwei Handlungen — ein Tatbestand, bzw. zwei Tatbestände, oder anders ausgedrückt: es handelt sich um den Gegensatz, in dem die einzelnen Delikte und dem die einzelnen Handlungen in Beziehung auf ein oder mehrere Delikte zueinander stehen.

---

[1]) Honig, S. 65.
[2]) Lent, S. 31.
[3]) 18. Aufl. S. 230 ff.
[4]) Frank S. 257 ff.

Subsidiarität soll nun gewiß bedeuten, das eine Gesetz scheidet aus der an sich gegebenen Möglichkeit seiner Anwendung aus, es „tritt hinter ein anderes zurück", wie eine beliebte Ausdrucksweise lautet, —, es ist aus dem Rahmen strafrichterlicher Würdigung des Verhaltens des Täters auszuschalten. Die Frage ist nur: Warum geschieht das, und je nach dem, wie die Antwort hierauf lautet, liegt entweder Spezialität oder Subsidiarität oder Konsumtion vor.

Die Vieldeutigkeit des Begriffes der Subsidiarität geht ferner aus der Aeußerung Köhlers hervor, „daß die Grenzlinien zwischen Subsidiarität und Spezialität fast unmerklich ineinander überlaufen, daß man also bisweilen fast ebenso gut Subsidiarität wie Spezialität annehmen kann"[1]). „Bei Subsidiarität ist.. der Strafrahmen des weiteren Tatbestandes als abgeleitet von dem Strafrahmen des oder der engeren Tatbestände zu denken", umgekehrt bei der Spezialität[2]), während nach Bär[3]) bei der Spezialität „der weitere Tatbestand, der also weniger Voraussetzungen hat, Grunddelikt" ist und „die Verwirklichung des engeren" ihn wegfallen läßt, bei der Subsidiarität aber der engere Tatbestand Grunddelikt ist und „der weitere.. nur für die Fälle von Bedeutung, in denen nicht der engere Tatbestand, das Grunddelikt, verwirklicht ist".

Weiterhin ist zu erwägen, daß nach herrschender Meinung die Subsidiarität in zwei Formen auftritt, als ausdrückliche und als stillschweigende[4]), und daß es keinen einheitlichen Begriff der Subsidiarität gibt. Zutreffend spricht der Reichsgerichtsrätekommentar[5]) sowohl von der Subsidiarität der Normen wie der der Strafdrohungen. Soweit es sich um die Normen handelt, kann man wohl den Begriff dahin umschreiben, daß das eine — subsidiäre — Gesetz „nur aushilfsweise für den Fall zur Anwendung kommen will, daß nicht bereits das andere (primäre) durchgreift"[6]). Wann aber Subsidiarität vorliegt, ist damit natürlich noch nicht gesagt.

γ) Dies ist nur im Zusammenhang mit der Konsumtion möglich, da die Beziehungen zwischen ihr und der Subsidiarität so eng sind, daß der eine Begriff nicht ohne den anderen verständ-

[1]) Grenzlinien, S. 63.
[2]) Köhler a. a. O. S. 63.
[3]) S. 22.
[4]) Vgl. hierüber bes. Finger, Allg. T. § 74 S. 378.
[5]) Einl. A. VII. S. 30.
[6]) Hippel II § 37 S. 525; vgl. auch RGRKomm. S. 30.

lich wird. Den „den Rechtssätzen gemeinsamen Beziehungspunkt“ sieht Honig[1]) „nicht in der Teilidentität der Tatbestände, sondern in der Teilidentität des metatatbestandlichen Rechtsgüterschutzes“. Da nun zweifellos die Konsumtion ein Fall des Ausscheidens eines Gesetzes aus den an sich vorhandenen und in Betracht kommenden Tatbeständen ist, so sind also die Grenzen zu ziehen zwischen Spezialität und Subsidiarität einerseits, Subsidiarität und Konsumtion andererseits. Erstere Beziehung handelt von dem abstrakten, von jedem konkreten Sachverhalt losgelösten Verhältnis von Delikten zueinander, letztere von dem Verhältnis zwar auch der Delikte im Sinne von Gesetzesparagraphen zueinander, aber bezogen auf Handlungen, die verwirklicht sind oder verwirklicht werden können.

Denn Konsumtion bedeutet wörtlich Aufzehrung, und zwar eines Tatbestandes durch einen anderen, „wenn außerhalb der Spezialität und Subsidiarität der von dem einen Gesetz gewährte Rechtsgüterschutz den von dem anderen gewährten mitumfaßt“[2]). Es läßt sich aber nicht verkennen, daß ein solcher Konsumtionsbegriff auch die Subsidiarität deckt, denn auch hierbei ist das eine Gesetz das umfassendere, d. h. es paßt besser als alle anderen auf den zur Beurteilung stehenden Sachverhalt. Ob man sagt: der eine Tatbestand kommt nicht mehr in Betracht, weil er nur für den Fall gilt, daß nicht ein anderer auch noch verwirklicht worden ist (Subsidiarität), oder: der eine Tatbestand scheidet aus, weil er bereits durch Erfüllung eines anderen mitverwirklicht worden ist (Konsumtion), bleibt sich gleich. Bei der Subsidiarität handelt es sich sehr oft um tatsächlich voneinander trennbare Handlungen, bei der Konsumtion sehr oft um untrennbare, jedenfalls sind die Grenzen äußerst fließend, und das zeigt sich besonders deutlich an folgendem Beispiel: Zwischen § 43 und dem vollendeten Delikt besteht ein Subsidiaritätsverhältnis, zwischen § 243 II, soweit es sich um den wirklichen „Einbruch“ handelt und § 303 StGB ein Konsumtionsverhältnis. Warum? Der Grund liegt darin, daß erstere Begriffe des allgemeinen Teils des StGB darstellen, letztere Tatbestände des besonderen Teils. Das läßt sich auch daran nachweisen, daß die Teilnahmeformen im Verhältnis zur Täterschaft und die Teilnahmeformen unter sich, also Anstiftung und Beihilfe, subsidiär sind, andererseits aber § 123 StGB im Falle des

[1]) S. 73.

[2]) Statt vieler, Frank 230 ff.; vgl. auch Bär S. 21 ff.

Diebstahls mittels „Einsteigen" zweifellos konsumiert wird. Man könnte nun entgegnen, auch zwischen den §§ 201 und 205, bzw. 159 und 154 (i. V. m. § 48) bestehe anerkanntermaßen ein Subsidiaritätsverhältnis, und doch finden sich diese Paragraphen im besonderen Teil des StGB. Ihre Analyse ergibt jedoch, daß auch sie Begriffe zum Inhalt haben, wie sie der Allgemeine Teil aufstellt. Denn die Herausforderung ist ja auch nur eine besondere Form der Anstiftung, nämlich zur Teilnahme bzw. Mittäterschaft an einer Tat, an der sich der Täter, der Herausforderer, selbst beteiligen will. § 159 aber bestraft nach allgemeiner Ansicht den erfolglosen „Versuch einer Anstiftung" zum Meineid! Im Gegensatz zur Konsumtion ist Subsidiarität also dann gegeben, wenn der Tatbestand des einen Paragraphen zu dem des anderen in eine solche Beziehung tritt, daß ersterer durch einen Begriff des Allgemeinen Teils ersetzt werden könnte, wenn nicht das Gesetz im besonderen Falle eben die Qualifizierung (z. B. Herausforderung statt Anstiftung, denn man kann ja auch zur Teilnahme an der eigenen Tat anstiften) vorgesehen hätte. Nicht Handlungen treten in Beziehungen zueinander, sondern Begriffe. Bei der Konsumtion aber wird das reale Geschehen, z. B. der Hausfriedensbruch beim Einsteigediebstahl, zwar nicht ungeschehen gemacht, aber als Handlung aufgezehrt. An und für sich liegen zwei Handlungen vor: das Einsteigen selbst und dann der Diebstahl, d. h. die Wegnahme der Sache, und es steht zunächst nichts im Wege, sie entsprechend ihrer tatsächlichen Aufeinanderfolge nach § 74 StGB zu beurteilen. Warum aber § 123 als durch § 243 Ziff. II konsumiert anzusehen ist, das liegt auch nicht daran, daß er nur Mittel zum Zweck ist, denn auch die Herausforderung des § 201 ist nur Mittel zur Erreichung des Zweikampfes, und auch der Versuch wird normalerweise nur vorgenommen, um zur Vollendung zu gelangen, — auch hierin also ist kein Unterschied zur Subsidiarität zu sehen.

Der Grund für die Annahme der Konsumtion liegt eben darin, daß z. B. die §§ 123 und 243 je ein völlig selbständiges Delikt für sich bilden. Während also bei der Subsidiarität der Tatbestandskern [1]) der einen Handlung, sei es, daß er ausdrücklich im Gesetz genannt ist, sei es, daß es erst einer Analyse bedarf, in einer solchen Beziehung zur anderen Handlung steht, daß er an sich zu jedem Delikt in Beziehung gesetzt werden

[1]) Der Ausdruck stammt von Beling, Lehre, Verbrechen, S. 249.

könnte, ist das bei der Konsumtion nie der Fall. Zu jedem Delikt kann man anstiften oder Hilfe leisten, jedes Delikt kann man „versuchen", man kann auch zu jedem Delikt „herausfordern", nicht nur zum Zweikampf, nicht aber steht der Hausfriedensbruch etwa je in Beziehung zur Urkundenfälschung oder die Sachbeschädigung zum Hochverrat. Sie können niemals subsidiär sein, auch wenn sie oft nur Vorbereitungshandlungen darstellen, und als solche „weniger gefährliche Angriffsstadien" [1]). Ihre Eigenschaft als unter Umständen konsumierte Gesetze ergibt sich aus ihrem normmäßigen Einzeldasein, während z. B. eine Strafbestimmung über den Versuch für sich allein sinnlos wäre, wollte man sie nicht in Beziehung setzen zu einem bestimmten Delikt. Gewiß ist nach § 46 StGB der „Versuch an sich" straflos, aber doch nicht der abstrakte Begriff „Versuch", sondern immer nur die begonnene Tatbestandsverwirklichung eines bestimmten Deliktes. Subsidiarität ist somit gegeben bei Verwirklichung eines Tatbestandes im Hinblick auf die auch bei allen anderen Delikten möglichen Formen, die zur Verwirklichung hinführen, — Konsumtion bei Verwirklichung eines Tatbestandes unter vorheriger oder gleichzeitiger Verwirklichung eines bestimmten für sich selbständig normierten und vollendeten anderen Tatbestands.

Bär dagegen sieht das Wesen der subsidiären Strafbestimmungen darin, daß sie „Ausnahmen von allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen" darstellen. „Daraus ergibt sich dann, daß sie nur für denjenigen konkreten Tatbestand Bedeutung haben sollen, der sich nicht innerhalb des schon nach allgemeinen Grundsätzen mit Strafe bedrohten Kreises von Tatbeständen befindet" [2]). Welche „allgemeinen Grundsätze" bestehen sollen, ist aber nicht klar; so ist doch z. B. die Bestrafung des Versuchs eines Verbrechens auch ohne besondere Bestimmung ebenso ein „allgemeiner Grundsatz" wie etwa, daß eine Verjährung möglich ist. Gewiß bedarf man der Versuchsbestimmung des § 43 „zur Herbeiführung einer Bestrafung nicht" [3]), wenn es sich um ein nachgefolgtes vollendetes Verbrechen handelt, aber doch nur darum, weil der Tatbestand der Vollendung in allen seinen Teilen zutrifft, nicht etwa, weil ein „Grundsatz" Anwendung findet und nicht die Ausnahmebestimmung. Weil aber dieser nicht anwendbare Versuchstatbestand an sich bei jedem

[1]) Honig, S. 49 u. 113.
[2]) S. 19.
[3]) Bär a. a. O., S. 19.

Verbrechen möglicht ist, wird er durch die Vollendung nicht konsumiert, sondern von ihr gleichsam beiseite geschoben, zur subsidiären Bestimmung herabgedrückt.

b) Diese Voraussetzungen klarzustellen, unter denen man überhaupt erst von diesen abstrakten Konkurrenzverhältnissen sprechen kann, schien notwendig, da sie erst die Grundlage für die Erörterungen über Handlungseinheit und Handlungsmehrheit, also auch für die straflose Vortat, bieten. Dies steht auch im Einklang mit Lents' Ansicht, daß „stets sorgfältig zu unterscheiden ist zwischen dem Verhältnis, in dem die Gesetze zueinander stehen, und den Voraussetzungen, unter denen es zu ihrem Zusammentreffen kommt“ [1]). Auf das Verhältnis der Gesetze zueinander darf aber nicht das Gewicht gelegt werden, das im allgemeinen einer solchen Feststellung beigemessen wird. Man glaubt mit dem Begriff der Gesetzeskonkurrenz und der Konstatierung ihres Vorliegens das Ziel erreicht zu haben, nämlich zu wissen, welche Handlung und welches Gesetz für die Strafzumessung auszuscheiden haben. Und doch ist dies ein Trugschluß. Die Feststellung der Gesetzeskonkurrenz führt lediglich zu einer Ausschaltung eines bestimmten Gesetzes, nicht aber auch zu der einer Handlung, bzw. einer an sich vorliegenden „Tat“. Denn es ist etwas anderes, ob man sagt: auf diese eine Tat treffen an sich mehrere Gesetze zu, jedoch muß das eine ausscheiden, da ein Fall eines Spezialitäts-, Subsidiaritäts- oder Konsumtionsverhältnisses vorliegt, oder ob man weiß: die eine Handlung bzw. Tat scheidet darum aus, weil ein solches Verhältnis zur anderen „Tat“ (Handlung) besteht, das bei Vorliegen nur einer Tat unter die sogen. Gesetzeskonkurrenz fiele. Hierauf, also auf eine sog. Handlungskonkurrenz aber kommt es mehr an als auf die Feststellung einer „Gesetzeskonkurrenz“.

Für dieses Verhältnis von „Tat“ im Sinne von Vortat zu „Tat“ im Sinne von Haupttat ist die Gesetzeskonkurrenz allein nicht entscheidend. Vor- und Haupttat können nicht nach Kriterien bestimmt werden, die für das Zusammentreffen von Gesetzen allein entscheidend sind, sondern hier muß ein besonderer Maßstab angelegt werden, der es auch ermöglicht, von der Straflosigkeit oder Strafbarkeit der Vortat zu sprechen. Dies ist nur durch Abwägung der Handlungen und Gesetze möglich. „Die Antwort vermag nicht abstrakt und allgemein gegeben zu

[1]) S. 16.

werden, jene Gesichtspunkte können es rechtfertigen, daß das auf die Vortat oder Nachtat passende Strafgesetz verzehrt wird, sie müssen es aber nicht tun."[1]). Die Fälle der sogen. Gesetzeskonkurrenz können lediglich als Wegweiser, als Hilfsmittel zur Erfassung des Wesens von Vor- und Nachteil im Verhältnis zur Haupttat dienen, denn sie allein sagen noch nichts aus über das Wertverhältnis, in dem die beiden „Taten" zueinander stehen. Dieses aber entscheidet[2]). Die Unterscheidung von Subsidiarität, Konsumtion und Alternativität hat „nicht die Bedeutung scharfer Unterteilung. Es ist daher zulässig (so meint Liszt-Schmidt) bezüglich ihrer aller mit Mezger von Konsumtion im weiteren Sinne zu sprechen und diese überall da anzunehmen, wo das in einem Strafrechtssatz zum Ausdruck gebrachte Unwerturteil das Unwerturteil eines anderen Strafgesetzes mitumfaßt oder „in sich schließt" (Mezger). Die Regeln über die Fälle der Konsumtion, Subsidiarität und Alternativität können dabei nur als regulative Prinzipien dienen"[3]).

Wenn man dann also zur Feststellung kommt, es liegt z. B. ein Subsidiaritätsverhältnis vor, so ist damit noch nicht notwendig gesagt, die eine „Tat" müsse als straflos aus dem Rahmen der Strafbemessung ausscheiden, sondern ein solches Subsidiaritätsverhältnis dient lediglich als Anhaltspunkt für die Wertung der von dem Täter überhaupt und im ganzen bewirkten Rechtsverletzung.

c) Daß diese Fälle der sogen. Gesetzeskonkurrenz nicht schon für sich allein die Straflosigkeit einer Handlung, insbesondere einer Vortat, begründen, läßt sich auch daran nachweisen, daß sie zum Teil gar nicht die Fälle der straflosen Vortat umfassen können, weil sie in ihrem Wesen eine Handlungseinheit als faktische Grundlage voraussetzen, die Vortat selbst aber und die dazu gehörige Haupttat nur bei Handlungsmehrheit logisch denkbar sind.

α) Daher kann von strafloser Vortat, bzw. überhaupt von Vor- und Haupttat niemals die Rede sein, wenn ein Spezialitätsverhältnis vorliegt. Denn ihm entspricht es, lediglich etwas über die Beziehung von Gesetzen zueinander auszusagen, nicht aber über die von „Taten" bzw. Handlungen. Niemals kann man den Begriff der Spezialität in Verbindung bringen mit Hand-

[1]) Mezger, S. 476.

[2]) Vgl. Mezger, S. 477 Anm. 22.

[3]) Liszt-Schmidt § 54 S. 358.

lungen in dem Sinne, daß man etwa sagt: die eine Handlung sei spezieller, die andere genereller. Nicht nur das Sprachgefühl sträubt sich gegen eine solche Feststellung, auch aus Gründen der Logik wäre sie unmöglich, da sich die Begriffe „allgemein" und „besonders", auf denen doch die Spezialität fußt, nicht auf konkretes Geschehen anwenden lassen, sondern nur auf eine Abstraktion dieses konkreten Geschehens. Nicht der Diebstahl mittels Einsteigen ist spezieller als der einfache Diebstahl, sondern der Tatbestand des § 243 Ziff. 2 im Verhältnis zu § 242, er enthält „eine speziellere Bewertung des konkreten Geschehens" (M. E. Mayer). „Entscheidend ist die Wiederholung der Merkmale des Grundtatbestandes in dem spezialisierenden Deliktstatbestand, entscheidend also eine aus den Tatbeständen selbst ablesbare Uebereinstimmung"[1]). Diese aber kann sich nur auf das Gesetz selbst beziehen, nicht auch auf die vom Täter begangenen Handlungen. Hier ist es allerdings besser von „Handlung" zu sprechen, da ja immer nur ein Tatbestand tatsächlich zur Anwendung kommt und für die Strafbemessung Berücksichtigung findet. Das Verhältnis der Spezialität ist also nicht anders denkbar als bei Handlungseinheit. Diese Feststellung erfolgt aber nicht auf Umwegen über juristische Konstruktion, sondern ergibt sich schon aus natürlicher Betrachtung. Soweit man also überhaupt von einer Gesetzeskonkurrenz sprechen will und diese so auffaßt, daß sie die Anwendung nur eines Gesetzes unter Ausschaltung aller übrigen eventuell in Frage kommenden zum Ziele hat, ist die Spezialität der reinste Fall von Gesetzeskonkurrenz[2]).

β) Da man bei der Konsumtion meist auch von der Konsumtion des einen Tatbestandes durch den anderen spricht, so besteht insofern eine gewisse Beziehung zwischen ihr und der Spezialität. „Aus der weitreichenden Gemeinsamkeit von erheblichen Tatsachen folgt eben wie bei der Spezialität, daß nur ein Tatbestand gebildet werden darf, weil nur eine strafbare Handlung vorliegt, eine Deckung der Tatbestände also, die zur Einheit des Tatbestandes führt."[3]). In der Tat besteht die Möglichkeit bei dem gewöhnlich zur Konsumtion gerechneten Fall des Einsteigediebstahls im Verhältnis zum Hausfriedensbruch anzunehmen, daß nicht nur letzterer bereits ein Teil der Tatbe-

[1]) Honig, S. 23.

[2]) Honig, S. 18 ff. und S. 115.

[3]) Lent, S. 25 u. 22

standsverwirklichung des ersteren ist, sondern dieser erstere nur als eine einheitliche Handlung gewertet werden kann, da die „Tatbestände" sich in einer Weise „decken", die es ausschließt, von etwas anderem als einen Einsteigediebstahl zu sprechen. Wenn aber der Hausfriedensbruch ein Teil der Tatbestandsverwirklichung des Einsteigediebstahls ist, dann wäre es doch an sich auch möglich, hier ein Spezialitätsverhältnis anzunehmen, da eine besondere Art der Störung des Hausfriedens vorgenommen wird. Aber es bleibt ja nicht bei dieser Störung, sondern Wollen und Verhalten des Täters gehen im Falle des Versuchs oder der Vollendung des Diebstahls über diese Störung hinaus. Trotz des logischen Vorrangs des § 243 Ziff. 2 vor § 123, der auf Spezialität hindeutet, liegt diese doch nicht vor. Wohl aber besteht insofern eine Gemeinsamkeit zwischen ihr und der Konsumtion, als auch diese eine Handlungseinheit zur Grundlage hat. „Das konsumierende Gesetz ist... für die rein logische Betrachtung nicht das speziellere, aber — und darin liegt das positive Charakteristikum — es enthält die speziellere Bewertung des konkreten Geschehens. Es erschöpft die strafrechtlich relevanten Eigenschaften des Vorkommnisses so vollständig wie ein spezielles Gesetz und verdrängt dadurch das konsumierte"[1]). Besonders deutlich wird dies an dem Beispiel M. E. Mayer's von Zweikampf und Körperverletzung. „Wollte man .. die Duellanten jedesmal, wenn der Zweikampf blutig verlaufen ist, auch noch wegen Körperverletzung schuldig sprechen, so wäre das keineswegs eine sorgfältigere juristische Kennzeichnung des Vorfalls, sondern im Gegenteil, eine Verwischung seiner Eigenart"[2]). Schon aus den von M. E. Mayer angeführten Beispielen — Hauptfälle der Konsumtion: Körperverletzung durch Zweikampf, Sachbeschädigung durch Brandstiftung, Körperverletzung durch Tötung — ergibt sich, daß man in der Regel hier nicht von einer Handlungsmehrheit sprechen kann. Die Brandstiftung erfolgt im Falle des Anzündens eines fremden Gebäudes gerade durch eine Sachbeschädigung, sie nimmt deren Formen an, ohne daß man jedoch sagen könnte, die Form der Sachbeschädigung und die der Brandstiftung ließe sich trennen. Die Form ist ein und dieselbe. Was aber hier zunächst mit „Form" bezeichnet ist, ist in Wahrheit nichts anderes als die konkrete Tat bzw. Handlung. Diese aber liegt nur ein einziges

[1]) Mayer, S. 504.

[2]) S. 503.

Mal vor. So ergibt sich auch auf diese Weise ein Berührungspunkt mit der Spezialität, der zu dem Ergebnis führt: auch die Konsumtion ist ein Fall von Gesetzeskonkurrenz, denn auch bei ihr steht das Verhältnis der Deliktstatbestände zueinander in Frage. „Das den Fall erschöpfend berücksichtigende Gesetz läßt dasjenige, das ihm nicht in gleicher Weise erschöpfend gerecht wird, in sich aufgehen ..." [1]). Nach Sauer [2]) kann man allerdings nicht sagen, „daß das konsumierende Gesetz ... abstrakt ... das speziellere ist, aber auch nicht, daß es regelmäßig, also generell, das speziellere ist, sondern höchstens, daß es mitunter oder allenfalls oft das speziellere ist. Also eine rein konkrete Betrachtung, eine Entscheidung von Fall zu Fall." Aus diesem theoretischen Streit ergibt sich, daß die Fälle der Konsumtion, soweit nicht das Bestehen oder die Berechtigung eines solchen Begriffes überhaupt geleugnet wird [3]), keiner erschöpfenden Darstellung fähig sind, da es „in allen diesen Fragen auf den konkreten Wertinhalt der einzelnen Bestimmungen ankommt." [4]). Daher ist es weniger bedeutsam, ob den Konsumtionsfällen gemeinsam ist, ihre Eigenschaft als „Tatbestände mit Angriffscharakter" oder daß „regelmäßig zwischen den mehreren, einem und demselben Täter zur Last liegenden rechtsschädigenden Erfolgen eine Konnexität im weiteren Sinne vorliegt, welche sich darauf gründet, daß der zuerst eingetretene Erfolg den späteren ermöglicht hat" [5]). Alle diese Merkmale sind keine besonderen Kriterien der Konsumtion, sondern sie können ebenso z. B. für die fortgesetzte Handlung verwendet werden. Wesentlich ist nur die Frage: konkurrieren Handlungen oder konkurrieren Gesetze?

Zutreffend legt nun Hippel [6]) dar, daß von Konsumtion auch dann gesprochen wird, wenn nicht eine, sondern mehrere Handlungen vorliegen. „Diese Fälle gehören aber überhaupt nicht zu der von der Idealkonkurrenz abzugrenzenden Gesetzeskonkurrenz, sondern sind später von der Realkonkurrenz zu trennen." Allerdings geht es zu weit, im Falle von Konsumtion überhaupt

[1]) Liszt-Schmidt S. 357; vgl. auch Köhler, Grenzlinien, S. 88 (stillschweigende Subsidiarität); insbes. aber RGRKomm. Einl. VIII S. 33, der von der Aufzehrung einer Strafdrohung durch die andere spricht.
[2]) S. 480.
[3]) Vgl. Sauer, S. 480 ff.; v. Hippel II § 37 S. 525 ff., im Sinne der hier vertretenen Ansicht aber insbes. Bär S. 21.
[4]) Mezger, S. 475.
[5]) Alberti, Ger.S. 76, 253.
[6]) II S. 525.

das Vorliegen einer Gesetzeskonkurrenz zu verneinen, bzw. diese von der Konsumtion zu trennen [1]). Denn, wie bereits dargelegt, gibt es Konsumtionsfälle, die trotz Vorliegens einer Handlung den Tatbestand zweier Gesetze erfüllen. Welches soll aber dann zur Anwendung gelangen? Konkurrieren hier nicht die Gesetze, d. h. bewerben sie sich nicht scheinbar darum, für den konkreten Fall herangezogen zu werden?

Anders allerdings in den Fällen, wo nicht eine, sondern mindestens zwei Handlungen vorliegen, von denen jede für sich eine Tatbestandsverwirklichung je eines bestimmten Delikts darstellt. Hier, aber auch nur in diesem Falle, ist „die Konsumtion von der Gesetzeskonkurrenz zu scheiden" [2]). Dann aber erhebt sich sofort die Frage nach dem Verhältnis der Konsumtion zur Realkonkurrenz, und erst in diesem Zusammenhang könnte von Vor- und Haupttat gesprochen werden. Die meisten Konsumtionsfälle gründen sich jedoch auf eine Handlungseinheit.

3. Diese Handlungseinheit war bereits als eine natürliche bezeichnet; denn in vielen bzw. den meisten Konsumtionsfällen lassen sich die realen Vorgänge nicht so trennen, daß man von zwei vollständig voneinander geschiedenen Handlungen im Sinne von „Taten" sprechen kann. Hier zeigt sich die Beziehung zur Idealkonkurrenz. Zwar wird bei ihr nicht sofort ein Gesetz ausgeschieden, aber praktisch kommt doch nur eines zur Anwendung, und dies ist das wesentliche. Denn alle diese Erörterungen und Begriffe der Konkurrenzlehre haben doch nur den und doch nur dann Sinn, daß und wenn damit Grundsätze für eine sichere Rechtsanwendung geschaffen werden [3]). Außerdem aber liegt auch bei der Idealkonkurrenz ein Fall von Handlungseinheit vor, die zweifellos eine natürliche ist. Damit aber ist nicht gesagt, daß etwa die unter 2 c behandelten Falle im Gegensatz dazu unter die juristische Handlungseinheit fallen. Denn diese ist die Zusammenfassung mehrerer Handlungen zu einer Einheit in der rechtlichen Bewertung [4]). Aber „die Zusammenfassung mehrerer natürlicher Tätigkeitsakte zu einer Einheit ist gerade nicht das Ergebnis einer natürlichen Betrachtungsweise, sondern das... einer bestimmt gearteten Bewertung, in unserem Zusammenhang also eine ausschließlich positiv-rechtliche juristische Angelegenheit. Aus den mehreren Tätigkeitsakten kann

[1]) So RGRKomm. Einl. VIII. S. 33; Wachenfeld, Theorie S. 54.
[2]) RGRKomm. a. a. O.
[3]) Vgl. Honig, Vorwort, VI.
[4]) Vgl. Hippel II S. 523.

eine Einheit nur als juristische Handlungseinheit entstehen.“ [1]). Da bei der Spezialität keinesfalls, bei der Konsumtion aber nur sehr bedingt und in Ausnahmefällen eine Mehrheit natürlicher Tätigkeitsakte vorliegt, besteht bei diesen beiden gar keine Möglichkeit, sie zu einer Einheit unter rechtlichen Gesichtspunkten zusammenzufassen. Der Wettbewerb der Gesetze um ihre Anwendungsmöglichkeit ist also nur scheinbar vorhanden, und da die Abwägung und Wertung der in Betracht kommenden Gesetze immerhin nicht von vornherein so klar ist, wie etwa bei einer einfachen Tatbestandsverwirklichung, erscheint es gerechtfertigt, nur von einer Scheinkonkurrenz bei ihnen zu sprechen. Diese ist hier aber eine ideale, und sie kann daher nach dem Vorgang Franks [2]) als unechte Idealkonkurrenz bezeichnet werden. Unecht insofern, als nicht zwei Gesetze verletzt sind, wie es § 73 voraussetzt, sondern nur eines, — Idealkonkurrenz, weil nur eine tatsächliche Handlung vorliegt. Für eine Vortat ist also innerhalb des Herrschaftsbereiches der echten wie der unechten Idealkonkurrenz überhaupt kein Raum. Die Rechtsgüterverletzung kann bei ihnen schon nach der tatsächlichen Seite hin nicht getrennt werden und daher niemals in Vor- und Haupttat zerfallen.

II.

Die Konkurrenzlehre bzw. ihre Ergebnisse haben im Strafgesetzbuch eine nur sehr mangelhafte, dürftige Ausgestaltung erfahren. Dies zeigt sich am deutlichsten am fortgesetzten Delikt, das, obwohl dauernd in der Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes und der Instanzgerichte für die strafrechtliche Beurteilung herangezogen, bisher keine Aufnahme im Gesetz gefunden hat. Und wenn man nun daraus mit ziemlicher Sicherheit schließen kann, daß die Aussichten für eine besondere Regelung von strafloser Vor- und Nachtat noch weniger als gering sind, so kann das doch nicht hindern, die Grundsätze für die Behandlung dieser besonders gearteten Gruppen von Konkurrenzfällen darzulegen. Denn das Beispiel des fortgesetzten Delikts beweist gerade, wie sich ein Begriff, der theoretisch durchdacht ist, praktisch brauchbar erwiesen und durchgesetzt hat. Daher ist es notwendig, die Grenzen zu ziehen und die Aehnlichkeiten und Verschiedenheiten der straflosen Vortat zu den ande-

[1]) Mezger S. 460.

[2]) 18. Aufl. S. 230 ff. Vgl. auch Mezger S. 470.

ren bereits anerkannten und bekannten Begriffen der Konkurrenzlehre herauszuarbeiten, insbesondere zu denen, die unter die juristische Handlungseinheit fallen, bzw. Fälle einheitlichen Verbrechens sind, weil hier besondere Aehnlichkeiten in der praktischen Grundlage und der juristischen Würdigung bestehen.

1. Der wissenschaftliche Streit, ob der Begriff, der hier zugrundezulegen ist: die Verbrechenseinheit, nicht besser „juristische Handlungseinheit" zu nennen sei, bedarf keiner näheren Darlegung. Er geht im Grunde auf die Frage: Was ist Verbrechen? zurück und berührt damit nicht so sehr eine strafrechtliche Frage, als die sie in allen Darstellungen beinahe schon als selbstverständlich gehandelt wird, sondern eine metaphysische. Es genügt statt aller Beispiele auf Hippel und Liszt hinzuweisen. „Auch eine Mehrheit von Handlungen kann der strafrechtlichen Betrachtung als Verbrechenseinheit erscheinen. In diesem Falle muß die Einheit in allen rechtlichen Beziehungen als solche betrachtet und behandelt werden. Das juristisch einheitliche Verbrechen ist danach überall dort begangen, wo und in jedem Augenblick, in dem eine Handlung begangen wurde." [1])

„Die .... Arbeit der Wissenschaft .... hat dazu geführt, von der Idealkonkurrenz die sogen. Gesetzeskonkurrenz zu sondern und eine Mehrzahl juristisch nicht selbständiger Handlungen (fortgesetztes Delikt und ähnliche Fälle) unter dem Gesichtspunkt der sogen. juristischen Handlungseinheit zu bezeichnen." [2])

Der wichtigste Fall einer solchen „Einheit" ist das fortgesetzte Delikt. Wenn Liszt es als die „ununterbrochene stoßweise Verwirklichung desselben verbrecherischen Tatbestandes unter Ausnutzung der gleichen Gelegenheit oder in ursächlicher Abhängigkeit von der gleichen Gelegenheit" [3]) definiert, so besteht auch insofern eine „Vortat", als eben die eine Tatbestandsverwirklichung vor der anderen und diese eventuell vor der nächsten liegt, und diese Kette läßt sich gegebenenfalls weiter verfolgen bis zur letzten Tatbestandsverwirklichung durch den Täter. So sehr nun auch die Ansichten über die Rechtsnatur des fortgesetzten Deliktes auseinandergehen, soviel jedoch ist anerkannt: niemals sind verschiedene Tatbestände im Sinne verschiedener Strafrechtsparagraphen verletzt oder vielmehr verwirklicht, sondern immer nur ein einziger, und dies ist ja auch der Grund für die Annahme „einer" „fortgesetzten" Handlung.

[1]) Liszt § 53 S. 351.
[2]) Hippel II S. 498.
[3]) Liszt S. 352.

Deshalb ist es gleichgültig, ob man von den tatsächlichen Handlungen ausgeht und das fortgesetzte Delikt dann unter die Realkonkurrenz, d. h. die unechte oder scheinbare [1]) einordnet, oder ob man sie unter die unechte oder scheinbare Idealkonkurrenz bringt, indem man auf die Bewertung dieser Handlungen abstellt. Es liegt jedenfalls juristische Verbrechenseinheit vor. Im Gegensatz zum fortgesetzten Delikt aber sind bei der Vor- und Haupttat verschiedene Tatbestände im Sinne verschiedener Strafrechtsparagraphen verwirklicht, und es kann zunächst dahingestellt bleiben, ob Paragraphen des allgemeinen oder des besonderen Teils des StGB. Diese aber sind nicht derart im Hinblick auf ein einheitliches Verbrechen verwirklicht, das jede Ausführungshandlung in gleicher Weise strafwürdig erscheint, wie es bei der fortgesetzten Handlung der Fall ist. Hier ist jedes Glied in der Kette für sich ein Delikt, und nur auf Grund sinngemäßer Auslegung des Gesetzes werden die Glieder der Kette zu einem einheitlichen Verbrechen zusammengefaßt. „Die in continenti erfolgenden, gegen dasselbe Objekt gerichteten gleichartigen Angriffe, welche schon nach natürlicher Betrachtung sich zu einer Einheit zusammenschließen, will auch der Gesetzgeber als Einheit behandelt wissen. Man mag immerhin dabei von einem einheitlichen Verbrechen in geteilter Ausführung sprechen oder von unselbständigen Bestandteilen einer Straftat ...." [2]). Allerdings behauptet Dohna, damit sei noch kein „Maßstab für die Abgrenzung" [2]) gewonnen, doch hat er ja damit zweifellos nicht die straflose Vortat im Auge, sondern nur die Charakterisierung des fortgesetzten Deliktes selbst. Da hier aber nur dargelegt werden soll, inwiefern von dem Verhältnis von Vor- und Haupttat überhaupt gesprochen werden kann und unter welchen Voraussetzungen erstere straflos zu bleiben hat, können die an das fortgesetzte Delikt anknüpfenden Streitfragen außer Betracht bleiben. Wichtig ist nur, festzustellen, daß das fortgesetzte Delikt sich auf juristische Handlungseinheit gründet und ein Fall des einheitlichen Verbrechens ist, und „daß die Etikette: Verbrechenseinheit bei Handlungsmehrheit auf diese Kategorie gar nicht paßt, insofern das die mehreren Tatbestandsverwirklichungen einigende Band von den Vertretern der Verbrechenseinheit gerade im Hinblick auf die Einheitlichkeit der die einzelnen Akte umfassenden Handlung erblickt wird" [3]).

[1]) So Frank V 1 b zu § 74; vgl. auch Max Ernst Mayer, Kap. 11 A.
[2]) Dohna in Aschrott-Liszt A. T. S. 411.
[3]) Dohna a. a. O. S. 408.

2. Da man von Vor- und Haupttat nur sprechen kann, wenn die tatsächlich getrennten Handlungen auch bei der rechtlichen Würdigung, also in juristischer Betrachtung sich trennen lassen, bedarf es ferner der Abgrenzung von allen anderen Fällen des einheitlichen Verbrechens, dessen faktisch mehrere Handlungen bei juristischer Würdigung zu einem einzigen „Delikt" zusammengezogen werden.

a) So scheidet das Kollektivdelikt aus, unter dem „die aus einheitlicher Lebensrichtung hervorgegangene Tatbestandsverwirklichung"[1]) zu verstehen ist. Nach Kohlrausch soll hier „Handlungseinheit nur dann anzunehmen" sein, „wo solche Zusammenfassung im Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben ist", also nur bei gewerbs-, gewohnheits- und geschäftsmäßigem Verbrechen, während Wachenfeld[2]) von einer „Verbrechenseinheit bei Handlungsmehrheit" spricht, auf die das Gesetz selbst „schon durch die Wahl des Ausdrucks hinweist". Aber einmal führt er als Beispiele hierfür die sonst nicht als Kollektivdelikte bezeichneten §§ 174, 176 an, wobei es auf die Bezeichnung der verbrecherischen Tätigkeit ankommen soll, und zum anderen kann schon deshalb hier niemals die eine Handlung straflose Vortat vor einer anderen sein, weil jede Handlung gleich schwer wiegt und in gleicher Weise strafwürdig erscheint, ferner auch, weil es sich dabei immer nur um dieselbe Form desselben Delikts handelt. Bei Vor- und Haupttat wird aber nicht ein bestimmter Straftatbestand in bestimmter Form mehrmals verwirklicht, sondern wenn schon nicht mehrere Deliktskategorien vorliegen, dann stehen doch mindestens zwei Formen der Verwirklichung eines Delikts in Frage. Das aber ist beim Kollektivdelikt nie der Fall[3]).

b) Auch innerhalb eines sogen. Dauerverbrechens kann es keine straflose Vor- und keine strafbare Haupttat geben, denn bei ihm wird nicht ein „Straftatbestand aufrechterhalten"[4]), sondern es werden Straftatbestände oder Formen eines solchen verwirklicht. Selbst wenn also eine „einheitliche Willensbetätigung" vorliegt, so bilden die verschiedenen Akte doch keine „Handlungseinheit". Schon an dem Hauptbeispiel für das Dauerverbrechen, der Freiheitsberaubung, wird klar, daß man innerhalb eines einzigen Deliktes in natürlicher und juristischer Be-

[1]) Kohlrausch, StGB S. 102.
[2]) Theorie, S. 92.
[3]) Vgl. Olshausen Nr. 14 zu § 73 S. 411/412.
[4]) Kohlrausch, StGB S. 102.

trachtung die einzelnen Akte allenfalls nach Vorhandlung und Haupthandlung, nicht aber nach Vortat und Haupttat trennen kann.

c) Als sonstige Fälle einheitlichen Verbrechens, gegründet auf juristischer Handlungseinheit kommen nur noch die der gesetzlichen Einheit oder des zusammengesetzten Verbrechens in Betracht. Zum Teil sind sie schon erwähnt, nämlich die §§ 174 und 176, deren einzelne Handlungen die Zusammenfassung zu einem einzigen Verbrechen deshalb erforderlich machen, weil sie „zusammengenommen um so strafwürdiger erscheinen“ [1]). Man könnte auch hier wie beim fortgesetzten Delikt von einer „stoßweisen Verwirklichung“ sprechen, doch besteht insofern ein Unterschied, als hier die zeitlichen Aufeinanderfolge der einzelnen Handlungen ganz gering ist, ja diese sogar zum Wesen des Delikts, z. B. der §§ 174 und 176 gehört. Es wäre daher sehr wohl möglich, daß dieses Delikt selbst in fortgesetzter Handlung begangen wird.

Andererseits ist aber ein zusammengesetztes Verbrechen dann gegeben, „wenn das Gesetz aus zwei an sich rechtswidrigen, gegen verschiedene Rechtsgüter gerichteten Handlungen einen einheitlichen Verbrechensbegriff bildet. So... Raub aus Diebstahl und Nötigung,.... Notzucht aus Nötigung und Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre“ [2]). Auch in diesem Falle steht nicht das Verhältnis von Vor- und Haupttat in Frage, denn hier ist schon kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift nur ein Tatbestand vorhanden. Daß zu ihm wohl regelmäßig die Verwirklichung mehrerer Handlungen gehört, spielt dabei gar keine Rolle. In rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht liegt bei diesen Fällen der gesetzlichen Einheit nur eine einzige Tat vor.

[1]) Wachenfeld, Theorie S. 88.
[2]) Liszt-Schmidt S. 354.

B.

Die straflose Vortat — ein Fall von Handlungsmehrheit bei juristischer Verbrechenseinheit.

I.

Der Begriff der Handlungsmehrheit enthält an sich kein Werturteil, sondern lediglich eine Tatsachenfeststellung. Er besagt nichts mehr und nichts anderes, als daß der Täter sich mindestens zweimal in einer Weise betätigt hat, die als unter das Strafgesetz fallend zu bezeichnen ist. Wenn nun aber mit dem Begriff der Handlungsmehrheit zugleich ein Werturteil abgegeben werden soll, dahingehend, daß dann auch eine Verbrechensmehrheit vorliege, so berührt das wieder die nicht in diesem Rahmen zu behandelnde Streitfrage: was ist Verbrechen? Sie kann hier nur gestreift, nicht aber eingehend erörtert werden.

1. a) Der gesetzlich geregelte unbestrittenste Fall von Handlungsmehrheit ist die Realkonkurrenz. Sie erfordert nach § 74 „mehrere selbständige Handlungen, durch die mehrere Strafgesetze verletzt werden". Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieses Paragraphen ist also das Maß der verbrecherischen Betägigung, das hier nicht einfach, sondern doppelt wiegt, das Maß von verbrecherischer Energie, die aufgewendet wurde zur Verletzung von rechtlich geschützten Interessen. Nicht nur eine, sondern mehrere, mindestens aber zwei Interessenssphären sind verletzt, und diese Verletzung fordert Sühne, die aus kriminalpolitischen Gründen dann nach der Vorschrift des § 74 bemessen wird. Für den Tatbestand des § 74 selbst ist jedenfalls entscheidend, „daß eine Mehrheit selbständiger, d. h. jedenfalls räumlich und zeitlich getrennter Handlungen vorliegt, deren jede sich als strafbar darstellt, also für sich allein bereits begrifflich unter einen Deliktstatbestand fällt." [1]).

b) Daraus ist nun die Folgerung zu ziehen, daß die mehrfache Verletzung mehrerer Strafgesetze einen Fall von Handlungsmehrheit und von Verbrechensmehrheit darstellt. Warum nun diese Folgerung, die sich doch schon aus dem Gesetz selbst und auf den ersten Blick ergibt? Sie ist notwendig, um den Gegensatz zur Vor- und Haupttat herauszukristallisieren. Denn es war bereits dargelegt, daß es sich bei der Beziehung von Vor- und Haupttat zueinander auch um mehrere Handlungen

[1]) Hippel II § 38 S. 528.

handelt, ja, daß sogar mehrfache Rechtsverletzungen vorliegen. Aber kraft der ihnen innewohnenden Beziehung sind sie nicht als solche zu werten, wie im folgenden erörtert wird. Daher muß für den Fall des § 74, die echte Realkonkurrenz, besonders klargestellt sein, daß die Begehung mehrerer selbständiger Handlungen zur Annahme von Verbrechensmehrheit führt. Und diese Mehrheit bleibt ja auch trotz des Asperationsprinzips bestehen, dies setzt ja die Handlungsmehrheit sogar voraus.

2. Weiterhin bedarf es einer Abgrenzung gegenüber den Fällen, „in denen diese (mehreren) Handlungen keine selbständigen sind. Dies ist der Fall bei Einheit des Erfolges und auch dann, wenn wir mehrere in natürlichem Sinne selbständige Handlungen aus juristischen Gründen zu einer Einheit zusammenfassen.“ [1]).

a) Genau so nun wie bei echter und unechter Idealkonkurrenz der innere Grund für das Inbeziehungsetzen der unter die eine oder die andere Kategorie fallenden Begriffe in der faktischen Handlungseinheit oder „Tateinheit“ liegt, so ist der Ausgangspunkt für die echte und die unechte Realkonkurrenz entsprechend dem Wortlaut die beiderseits vorhandene faktische Handlungsmehrheit oder „Tatmehrheit“. Der meist in der Praxis gebrauchte Ausdruck Tatmehrheit ist hier durchaus zutreffend, denn er bezeichnet auch das Verhältnis von Vor- und Haupttat in eindringlicher Kürze. Er ist aber irreführend, wenn man auch hier mit ihm, wie es ja in der Praxis — mit Recht — bei der echten Realkonkurrenz geschieht, ausnahmslos das Werturteil verbindet, „Tat“ bedeute strafwürdiges Verbrechen. „Tat“ ist hier nur im Sinne von Handlungskomplex gemeint, und zwar abgesehen von der Norm, d. h. dem Gebot, und abgesehen von den verletzten Rechtsgütern, also abgesehen von alledem, was zur Aufstellung und „Normierung“ des Tatbestandes veranlaßte. In diesem Sinne kann man bei der unechten Realkonkurrenz von einer Handlungsmehrheit sprechen [2]).

b) Mit jedem der mit dem Worte Konkurrenz verbundenen Begriffe verbindet sich eine gewisse Wertung, sei es, daß die Rechtsverletzung, die Zuwiderhandlung gegen die Norm, infolge der Intensität der verbrecherischen Betätigung eine schärfere Beurteilung erforderlich macht — Fall der Realkonkurrenz —, sei es, daß die Intensität des verbrecherischen Willens in Frage

[1]) Hippel a. a. O.
[2]) Vgl. hierzu insbes. Wachenfeld, Lehrb. § 33 S. 114.

steht und die Art und Anzahl der verwirklichten Tatbestände — Fall der echten oder unechten Idealkonkurrenz —, immer besagt der mit Konkurrenz verbundene Begriff, was dem Täter an Rechtsverletzungen vorgehalten werden muß, wieviel Strafdrohungen also für ihn in Betracht kommen, nicht nur, wieviel Gesetze. Insofern ist die „Konkurrenz" im Strafrecht nicht nur ein abstrakter Begriff, sondern ein Wertmaßstab, ein Wertmesser. Welches ist nun der Wertmesser der unechten Realkonkurrenz, bzw. welche sind die Voraussetzungen, unter denen es zu ihrer Entstehung kommt?

„Während bei der unechten Gesetzeskonkurrenz ein Gesetz ausscheidet, verliert bei der unechten Realkonkurrenz ein realer Vorgang seine Selbständigkeit. Dazu kommt es nun aber, sowohl wenn ein Vorkommnis als Teil im Ganzen aufgeht als auch, wenn es hinter dem anderen, strafrechtlich bedeutenderen zurücktritt; somit sind zwei Fälle zu nennen: a) die mehreren Handlungen werden zu einer Einheit zusammengefaßt, b) die mehreren Handlungen werden durch das Gesetz in ein Rangverhältnis gestellt, so daß die eine straflos bleibt, wenn die andere strafbar ist" [1]).

Die unter a) genannten Fälle sind hier unter A. II. behandelt und unter die Fälle des einheitlichen Verbrechens eingeordnet worden. Denn bei ihnen überwiegt der Charakter der einheitlichen Rechtsverletzung desselben geschützten Rechtsgutes, die es erforderlich macht, diese Fälle nicht unter die unechte Realkonkurrenz einzureihen. Mit den unter b) genannten ist aber das Kernproblem berührt: das Rangverhältnis der Handlungen bzw. Gesetze, das auf Grund juristischer Wertung erfolgt und dann zum Wegfall der Selbständigkeit des einen Vorgangs führt. Zutreffend spricht hier M. E. Mayer von „Vorgang" und bewußt nicht von Gesetz oder Handlung, denn Vorgang bedeutet nicht das eine oder das andere, sondern das eine und das andere, und dies ist im Grunde dasselbe, das hier mit „Tat" bezeichnet ist.

Wenn nun eine solche in Wirklichkeit doch vorhandene, nicht zu übersehende und nicht wegzuleugnende Tat ihre Bedeutung für die Strafbemessung, nicht etwa auch für die Würdigung des realen Geschehens, denn dieses steht ja gerade in Frage —, verlieren soll, also unter bestimmten Gesichtspunkten straflos bleibt, dann ist das nur möglich, wenn der Tat-

[1]) M. E. Mayer Kap. 11 B S. 511.

bestand des § 74 nicht vollständig erfüllt ist. Denn sonst stünde ja die Entscheidung im Widerspruch zum Gesetz. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß auch die ganze Lehre von der Konkurrenz sich auf eine dogmatische Grundlage stützen muß und nicht mit ihr in Widerspruch stehen darf. Daß sie oft praeter legem steht, liegt an der unzulänglichen gesetzlichen Regelung, die den Bedürfnissen der praktischen Strafrechtsanwendung nicht gerecht wird und daher zur Aufstellung neuer Formen und Formeln für die Rechtshandhabung führen muß. Dennoch aber muß vom Gesetz ausgegangen werden, „will man nicht dogmatisch ins Unsichere geraten." (Honig).

α) Die Berechtigung von unechter Realkonkurrenz zu sprechen, folgt aus dem Fehlen der Selbständigkeit der einen Handlung. Die für den Begriff der Selbständigkeit gegebene Definition von Wachenfeld: „nicht in einer gesetzlichen Einheit oder einem fortgesetzten Verbrechen aufgehend" [1]) führt nicht weiter, denn sie verquickt, noch dazu in negativer Fassung, rechtliche Folgerungen aus Konkurrenztatbeständen mit Voraussetzungen, unter denen sie vorliegen können. Selbständig ist die Handlung, die allein, ohne Verbindung mit anderen Handlungen, einen Straftatbestand verwirklicht, und zwar so, daß dieses tatsächliche Geschehen in sich den Grund für die Beurteilung als strafwürdig trägt. Unselbständig sind danach alle die Handlungen, die nicht für sich allein stehen, d. h. also, die man nicht anders als im Zusammenhang mit den gleichzeitig oder nachher verwirklichten betrachten kann, soll nicht ihr Sinn entstellt werden, oder anders: wenn eine Handlung ihre Strafbarkeit von der anderen oder mehrere Handlungen ihre Strafbarkeit von derselben dritten entlehnen [2]). Mißverständlich aber wäre es, auf die Angemessenheit oder Unangemessenheit der Strafenkumulierung oder Gesamtstrafenbildung abzustellen [3]), sondern wesentlich kommt es für die juristische Beurteilung und Würdigung auf den „Willensquell" [4]) an. Entspringen die Handlungen nicht einem solchen einheitlichen Willensquell, sondern fließt „jede aus einem eigenen besonderen Vorsatz", dann sind die Handlungen selbständig, und so „bleibt den unselbständigen Handlungen das Gebiet der Willensbetätigungen übrig, die aus

[1]) Lehrb. § 33 S. 114.

[2]) Frank V 2 zu § 74.

[3]) Höpfner Einheit u. Mehrheit II S. 50.

[4]) Retzlaff in DJZ 1904, 1163.

ein und demselben Entschluß geboren werden“ [1]). Dies steht auch durchaus im Einklang mit der Ansicht Merkels [2]), der sie aber auch dann für unselbständig hält, wenn sie auf dem gleichen Motiv beruhen. Bedenklicher erscheint es ihm, „die sämtlichen einem Zwecke dienenden, aber auf gesonderten Entschlüssen beruhenden Handlungen für unselbständig zu halten“. Er fügt aber selbst gleich hinzu: „dienen die Handlungen aber nicht nur demselben Zweck, sondern beruhen sie auf einem einzigen Plan, so darf man sie zu unselbständigen zusammenfassen, sie bilden also den Gegensatz zu den Handlungen, bei denen die Tätigkeiten, Duldungen oder Unterlassungen in Gruppen zerfallen, ... gesonderten Willensentschlüssen entstammen, verschiedenen Motiven entspringen und weder durch einen besonderen Zweck noch durch einen speziell gefaßten Plan in näherer Beziehung zueinander stehen“ [3]). Im Grunde handelt es sich also um eine sinngemäße Auslegung des Gesetzes [4]), wenn man auf Grund solcher Umstände die Selbständigkeit einer Handlung verneint. Denn „ein Gesetz ist in Wirklichkeit (d. h. also in juristischer Betrachtung) nicht verletzt, wenn durch eine Handlung zwar sämtliche im Gesetz selbst genannten Merkmale erfüllt werden, aber aus anderen Anzeichen, etwa aus dem Verhältnis zu anderen Bestimmungen oder auch aus der Hinzufügung von besonderen Bedingungen der Strafbarkeit zu dem Tatbestand hervorgeht, daß die Handlung in Wirklichkeit unter Bestimmungen eines anderen Gesetzes fällt“ [5]), bzw., wie hier zu ergänzen ist, nur den Bestimmungen des einen Gesetzes hinsichtlich der Anwendung und Strafbemessung unterfällt.

β) Daß aber Handlungen aus einheitlichem „Willensquell“ und mit einheitlicher Zielrichtung als unselbständig bezeichnet werden können, folgt auch noch aus anderen Anzeichen, nämlich aus dem Wesen des Rechtsgutsbegriffes heraus. Nun vertritt zwar Merkel [6]) mit aller Entschiedenheit den Standpunkt, daß „die Natur des angegriffenen Rechtsgutes ... für die Frage, ob selbständige oder unselbständige Handlungen vorliegen, nicht maßgebend sein könne“. Die durch solche Handlungen verwirklichten Tatbestände seien nicht imstande, „ihnen die Selbständig-

[1]) Retzlaff a. a. O.
[2]) Vergl. Darst. A. T. V 314 ff.
[3]) Merkel a. a. O. S. 315/16.
[4]) Vgl. auch Höpfner II S. 40.
[5]) Köhler, Grenzlinien, S. 39.
[6]) a. a. O. S. 312.

keit zu verleihen oder zu nehmen." Dem ist an sich zuzustimmen. Denn die Frage nach dem geschützten Rechtsgut berührt in der Hauptsache außerstrafrechtliche oder, um ein Wort Honigs zu gebrauchen „metatatbestandliche" Probleme und Erwägungen, während die nach der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit einer Handlung auf dogmatischen Gesichtspunkten aufgebaut ist, also den Tatbestand selbst betrifft. In dieser Weise, mit der Frage nach der Handlungsqualität kann und soll der Rechtsgutsbegriff nicht verquickt werden. Er soll nur herangezogen werden zur Begründung einer Erscheinung innerhalb der Konkurrenzlehre, die hier mit strafloser Vortat bezeichnet ist, die also einen „Vorgang" in der Weise juristisch wertet, daß er zwar zunächst als strafrechtlich relevanter, dann aber als nicht mehr strafwürdiger in Erscheinung tritt. Dies steht auch im Einklang mit Merkels Behauptung, daß die Handlungen nur maßgebend sind für die Frage, „in wieviel Verbrechen ein Komplex von selbständigen Willensbetätigungen zerlegt werden darf und muß, zu wieviel Verbrechen ein Komplex von unselbständigen Willensbetätigungen zusammengefaßt werden darf" [1]). Rechtsgut wird gewöhnlich definiert als rechtlich geschütztes Interesse [2]), und dem wäre nur noch hinzuzufügen, daß ein Unterschied gemacht werden muß in dem Interesse an dem Bestehen eines bestimmten Zustandes oder bestimmter Verhältnisse an sich und dem Interesse, das ihre Verletzung auslöst. Zu einseitig wird der Begriff des Rechtsgutes allein auf erstere bezogen. Das Interesse aber besteht doch nicht allein darin, daß derartige Begriffe existieren und ein Dasein lediglich als Normen führen, als abstrakte Gebilde, sondern sie stehen in dauernder Beziehung bzw. erhalten erst Leben durch ihre dauernde Beziehung auf einen bestimmten Fall, auf eine konkrete Tatbestandsverwirklichung. Das Interesse beschränkt sich also nicht allein auf den „mit einer Norm geschützten Bestand eines gewissen Umfangs von Tatsachen und Verhältnissen [3]), sondern erstreckt sich auf die „Lebensinteressen der Gemeinschaft" [4]). Auf ihre Anerkennung als schutzwürdig und ihre Verletzung als strafwürdig kommt es demnach an. Die Kritik von Köhler [5]) an der herrschenden Lehre ist demnach durchaus be-

[1]) Merkel a. a. O. S. 312.
[2]) Vgl. statt vieler M. E. Mayer Kap. 3 D S. 161; Bär S. 20.
[3]) Berner S. 127.
[4]) Honig, Studien, S. 3.
[5]) Grenzlinien, S. 64/5.

rechtigt, daß nämlich mit der Bestimmung des Rechsgutes als rechtlich geschütztes Interesse noch kein „Anhaltspunkt zur Abgrenzung der verschiedenen Rechtsgüter untereinander" gewonnen ist, und man könne „vom kleinsten Detail im Rechtsleben" sagen, es sei ein Gegenstand des rechtlichen Interesses. Der eigentliche Rechtsgutbegriff muß also einem größeren Rahmen entnommen werden und zwar einer „Rechtsmaterie", welche unter einem gemeinsamen Gesichtspunkt steht, an dessen Schutz die Rechtsordnung Interesse hat" [1]). Wenn Köhler dann aber weiterhin erklärt, eine Mehrheit verletzter Rechtsgüter könne nicht ausschlaggebend sein für die Annahme einer Verbrechensmehrheit, da ja auch in einem einzigen Strafgesetz eine Mehrheit von Rechtsgütern Schutz finden könne [2]), so ist das dahin zu ergänzen, daß die Mehrheit der Rechtsgüter immerhin ein Indiz für das Vorliegen mehrerer Verbrechen ist. Worauf es jedoch in erster Linie ankommt, ist die Abwägung der als verletzt in Betracht kommenden Rechtsgüter, ihre juristische Wertung und Würdigung. „Daß die wertbeziehende Betrachtungsweise keine Erfindung ad hoc ist, weiß jeder, der die Bedeutung der Rechtsgüterschutztheorie für den Aufbau des Besonderen Teils des StGB, für die Interpretation der einzelnen Deliktstatbestände und nicht zuletzt für die Lehre vom Verbrechen kennt" [3]). Wenn also, wie Honig an anderer Stelle sagt, „die Kriterien für das Ausscheiden des einen Tatbestandes (will sagen der einen „Tat") gegenüber einem (einer) anderen im Sinn und Zweck der Strafbestimmungen gesucht werden müßten und somit die „metatatbestandliche Rechtsgüterschutztheorie das entscheidende Wort" [4]) habe, so beruhen diese Erwägungen letzten Endes auf der Erkenntnis der Ungleichwertigkeit der Rechtsgüter. An sich tritt jedes Rechtsgut mit dem Anspruch auf, nicht nur respektiert, sondern auch bei Verletzung so gewürdigt zu werden, daß dem Täter diese Verletzung zum Bewußtsein kommt und durch Verhängung von Strafe fühlbar wird. Werden nun aber mehrere Rechtsgüter in bestimmter Weise und in Beziehung miteinander verletzt, dann kann deren Anzahl allein nicht Wegweiser zur richtigen Rechtsanwendung sein. Genau so wie der Gesetzgeber durch die Vorschriften der Gesamtstrafenbil-

[1]) Köhler, a. a. O. S. 65.

[2]) Köhler, a. a. O., S. 66.

[3]) Honig, Studien S. 3.

[4]) Straflose Vor- und Nachtat VI.

dung in den §§ 74 ff. des StGB zum Ausdruck bringt, daß aus lebensnotwendigen Erwägungen — unbillige Härte — eine rein arithmetische Addition der verhängten Strafen nicht erfolgen darf, genau so spielen die „Lebensinteressen" bei der Behandlung der Rechtsgüter eine Rolle, die verlangen, daß nicht alle als gleichberechtigt anerkannt werden, wo diese Gleichsetzung eine unbillige Härte bedeuten würde. Gewiß hinkt der Vergleich, aber das tertium comparationis sind der wägbare Sinn und Zweck der Strafbestimmungen und der in ihnen verkörperten Gedanken. „Es kommt auf die Bedeutung der Handlung für die Rechtsordnung an, auf die Einwertigkeit oder Mehrwertigkeit der Handlung und des angegriffenen Rechtsgutes."[1]).

Es ist nun leicht möglich, daß schon allein gegen die Qualifikation der Handlungen in einwertige und mehrwertige, bzw. die der Rechtsgüter als relevante und nicht relevante, Einwendungen erhoben werden derart, daß es praktisch darauf hinauskäme, daß der Täter, der mehrere Rechtsgüter verletzt hat, trotz der Intensität des verbrecherischen Willens und der verbrecherischen Betätigung milder bestraft wird, als der, der nur eines oder noch milder, als der, der die in Betracht kommenden Rechtsgüter zu ganz verschiedenen Zeiten und ohne Beziehung zueinander verletzt hat. Das träfe an sich zu, doch müßte man dann denselben Vorwurf gegenüber dem Prinzip der Gesamtstrafenbildung und all den Prinzipien des Strafrechts erheben, die eine Milderung der an sich verwirkten Strafen vorschreiben. Und doch sind sie aus dem Sinn und Zweck der Strafrechtsnormen und der Strafe überhaupt zu verstehen und gerechtfertigt. Und da das Strafrecht lebensverbundenes Recht sein soll, müssen es auch die das Strafrecht leitenden Prinzipien sein, d. h. also sich dem anpassen, was sinn- und zweckmäßig ist. Da aber nun auch nach natürlicher Auffassung nicht alle strafrechtlich relevanten Erscheinungen gleichen Rang und gleichen Wert haben, ist auch die juristische Abwägung der Rechtsgüter hinsichtlich ihrer Bedeutung für die Anwendung und Zumessung der Strafe gerechtfertigt. „Die Rechtsordnung muß den natürlichen Akten einen Wertcharakter beimessen"[2]). Unter diesen Gesichtspunkten, der Wertung und Würdigung, sind die Probleme der Konkurrenzlehre zu behandeln, sie erst bilden die Grundlage für die Behandlung der Begriffe der Vortat in Be-

[1]) Sauer § 18 S. 491.

[2]) Sauer, § 18 S. 489.

ziehung zur Haupttat und dieser in Beziehung zur Nachtat, sie erst lassen es als zulässig erscheinen, daß die eine von ihnen als strafrechtliche, d. h. zunächst also für die Strafbemessung in Betracht kommende, bei der ganzen Beurteilung dann als straflose bezeichnet werden kann. Dabei muß hier schon festgestellt werden, daß der Begriff „Vortat" an sich, d. h. ohne das Adjektiv „straflos", als Begriff keine Existenzberechtigung hat, weil es eben nur straflose, nicht aber auch andere echte Vortäten gibt. Bleiben diese aus bestimmten Gründen strafbar, dann sind es eben keine „Vortaten" mehr, sondern selbständige Handlungen im Sinne des § 74. Die logische Folge dieser Ansicht wäre, daß der Ausdruck: straflose Vortat eine Tautologie ist. Das aber ist nicht der Fall, denn es gibt sehr wohl Vorgänge, bei deren Vergleich miteinander der eine von ihnen vor dem anderen liegt und mit ihm auch in Beziehung steht und doch nicht straflos bleibt, weil etwa die Selbständigkeit der vorgenommenen Handlungen nicht zu verneinen ist oder der Vergleich der Rechtsgüter miteinander nicht zu dem Ergebnis führt, daß sie ungleichwertig sind und das eine deshalb für die strafrechtliche Beurteilung ausscheidet.

Wenn also der Vorrang des einen Gesetzes hinsichtlich seiner Bedeutung für die Strafbemessung sich aus dem Wertverhältnis der Handlungen und Gesetze, also der gesamten Vorgänge, ergibt, dann muß „diese Wertabwägung .... alle, auch die konkretesten Umstände des Falles mit in den Kreis ihrer Erwägungen ziehen. Mit anderen Worten, da es sich hier nicht um ein logisches Verhältnis der Gesetze zueinander handelt, kann das endgültige Ergebnis ... nicht schon aus einem Vergleich der abstrakten Deliktstatbestände, sondern meist erst aus der konkreten Fallgestaltung gewonnen werden." [1]).

γ) Der innere Grund aber, der es überhaupt erst rechtfertigt, daß man zu einem Wertungsergebnis kommt, beruht auf der Rechtsgüterabwägung. Sie führt zu dem Ausscheiden des einen Vorgangs, und da dieses Ausscheiden letzten Endes nur zu verstehen ist in Beziehung auf die Nichtanwendung der Strafdrohung, spricht man von einem straflosen Vorgang, bzw. von strafloser Vortat. Nach Alberti [2]) hat sich „die Neigung gezeigt, gegen den Täter nur unter dem einen der beiden Gesichtspunkte, dem sein Verhalten untersteht", vorzugehen, und er fügt

[1]) Mezger, § 69 S. 473.
[2]) Ger.S. 76, 264.

ganz richtig hinzu, daß damit keineswegs „dem Richter die Wahl zwischen den näheren in Betracht kommenden Gesetzesstellen" gegeben sei, sondern er hat sich nach der „maßgebenden Intention des Gesetzgebers" zu richten.

Der Richter hat dabei aber auch die subjektive Seite des Vorgangs, so wie er sich in den Gedanken des Täters darstellt, und die Willensimpulse, die auf ihn eingewirkt haben, zu berücksichtigen. Denn es ist sehr wohl möglich, daß eine Deliktsmehrheit auch dadurch geschaffen werden kann, daß das Gesetz eine Mehrheit von Gegenständen, die in den Augen des Täters vielleicht ganz gleichartig einheitlich verletzt werden können, einzeln aus selbständigen Gesichtspunkten schützt. „Alsdann wird es dem Täter ja zur besonderen Schuld angerechnet, daß er sich die rechtlichen Erfolge nicht sämtlich vorgestellt hat. Schuldmehrheit kann also auch bestehen, wenn sich der Täter über die mehrfache rechtliche Bedeutung seiner gewollten Handlung keine getrennten Vorstellungen gemacht hat. Der präsumtive Wille des Rechts ist es also in letzter Linie, welcher entscheidet, ob der Täter bei jedem neuen Angriffsobjekt seiner Handlung eine selbständige Schuld auf sich geladen, ein selbständiges Verbrechen begangen hat." [1]). Damit aber ist wieder ein Werturteil gefällt, denn „Schuld" ist hiernach kein ein für allemal feststehender Begriff. Eine solche Wertung des Schuldbegriffes aber ist durchaus zulässig, entsprechend der normativen Schuldlehre, deren Ergebnisse ebenfalls dazu beitragen, den Lebensverhältnissen gerecht zu werden. An sich ist hier nicht der Ort, den Schuldbegriff zu erörtern, eines kurzen Eingehens auf ihn bedarf es aber deshalb, weil auch von hier aus die Grundlage und Möglichkeit geschaffen wird, einen rechtlich an sich relevanten Vorgang als straflos zu bezeichnen.

Zwei Lehrmeinungen lassen sich in der Schuldlehre unterscheiden, die psychologische und die normative. Erstere erblickt den Schuldvorwurf darin, daß „der zurechnungsfähige Täter vorsätzlich oder fahrlässig etwas objektiv Verbotenes tut" [2]). Durchaus berechtigt knüpft Hippel hieran die Kritik, daß in manchen Fällen auf Grund dieser Ansicht, insbesondere bei schwieriger Sach- und Rechtslage Bestrafung für fingierte Schuld, nicht für wirklich vorhandene erfolgt, dies aber unzulässig sei, denn zur Schuld gehöre „die Fähigkeit des Täters, in concreto das Unrecht

[1]) Köhler, Grenzlinien, S. 110.
[2]) Hippel II § 21, S. 280.

der Tat einzusehen“ [1]). Die herrschende Lehre steht heute auf dem Standpunkt, daß als Schuld „die seelischen (psychischen) Eigenschaften des Täters“ zu bezeichnen seien, „die es berechtigen, jenem aus dieser Tat einen Vorwurf zu machen und die deshalb das Recht zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit fordert“ [2]). Die Vorwerfbarkeit erfolgt aber auf Grund einer bestimmten Bewertung des Tatbestandes, und sie ist nicht schon an das bloße Erfülltsein seiner objektiven Voraussetzungen gebunden, sondern erfordert neben diesem Urteil auch ein Werturteil. „Schuld ist gleich Urteil (Unwerturteil) der Rechtsordnung über ein Urteil oder Nichturteil des Individuums“ [3]). Wenn man demgegenüber einwendet, daß die Schuld doch vor allem auf seiten des Täters liegt und daher nicht ein Urteil über sein Verhalten sein könne, so ist dem entgegenzuhalten, daß ja alle strafrichterliche Tätigkeit Beurteilung von bestimmten Lebensvorgängen ist, in Bezug auf deren subjektive Seite also die Feststellung zum Inhalt hat: das Verhalten des Täters ist schuldhaft oder nicht schuldhaft. Gewiß liegt das schuldhafte Verhalten an sich schon vor der Beurteilung, — zur strafrechtlich relevanten Schuld wird es aber erst durch Richterspruch, also auf Grund einer Bewertung des Sachverhalts, eine Wertung und Würdigung. „Erst durch dieses Werturteil des Richtenden wird das psychologische Geschehen zu dem Begriff der Schuld erhoben“ [4]). Insofern ist die Schuld im Sinne des Strafrechts das Unwerturteil über ein bestimmtes menschliches Verhalten und somit normativ. „Rechtliche Schuld ist das richterliche Werturteil über die konkrete Nichterfüllung eines von der Rechtsordnung im besonderen Falle geforderten individuellen Sollens“ [5]).

Wenn nun demnach sich auch auf der subjektiven Seite eines Lebensvorganges feststellen läßt, daß es möglich ist, ihn normativ, d. h. wertend zu betrachten und so zu einer Entscheidung zu gelangen, und dies sogar möglich ist bei dem Begriff, der nach natürlicher Auffassung das spezifisch strafrechtliche Moment an dem Lebensvorgang darstellt, nämlich die Schuld, dann läßt sich daraus die Folgerung ziehen, daß diese normative, wertende, abwägende Betrachtung überhaupt die gegebene Be-

[1]) Hippel a. a. O.
[2]) H. M. außer Hippel vgl. Mezger in Ger.S. 89, 251; Wolf I S. 128; Allfeld S. 159; Frank S. 136 III; Liszt-Schmidt S. 213; M. E. Mayer 248 ff.; Sauer S. 548.
[3]) So Sauer, 542.
[4]) Mezger § 33 II S. 249.
[5]) Wolf a. a. O. S. 127.

trachtungsweise für strafrechtliche Probleme sei. Die Gefahr einer juristischen Knochenerweichung, wie man hierbei vielleicht befürchten könnte, ist nicht nur nicht groß, sondern besteht überhaupt nicht. Denn es ist nicht wahr, daß dem Gesetz nur dann Genüge geschieht, wenn seine Buchstaben befolgt sind. Das Gesetz ist erst dann erfüllt, wenn es sinn- und zweckentsprechend angewendet wird, und der Weg dazu ist die normative, die wertabwägende Methode.

II.

Wenn nun im folgenden der Versuch unternommen wird, die straflose Vortat in die sogen.: Verbrechenseinheit einzuordnen, sie als einen Fall solcher Einheit zu charakterisieren, so mag der Ausgangspunkt hierfür, die normative Bewertung, insbesondere aber der normative Schuldbegriff, befremdlich erscheinen, weil scheinbar dabei Begriffe, die zum objektiven Tatbestand gehören, mit solchen des subjektiven verquickt werden. Denn die Frage der Verbrechenseinheit und Verbrechensmehrheit ist doch im wesentlichen eine Frage nach den konkret in der Außenwelt verwirklichten Handlungen, so daß die Antwort erfolgen muß, auf die Frage: was hat der Täter getan?, während die Frage hinsichtlich der Bewertung eines Vorganges lautet: wie steht der Täter innerlich zu diesen Handlungen, bzw. wie ist sein Verhalten im Hinblick auf die Verwirklichung des objektiven Sachverhalts zu bewerten? Der Begriff „straflose Vortat" begreift aber in sich sowohl das Eingehen auf den konkreten Sachverhalt, nämlich ob wirklich eine „Vortat" vorliegt, und auf die subjektive Seite, die Vorwerfbarkeit, nämlich ob die Vortat „straflos" bleiben kann.

1. Wenn von Verbrechenseinheit die Rede ist, dann liegt diesem Begriff unausgesprochen die Voraussetzung einer Zusammenfassung von strafbaren Handlungen bzw. Lebensvorgängen zugrunde. Dies ist jedoch mit dem Begriff so, wie er hier angewendet wird, nicht gemeint. Es würde bedeuten, daß Vor- und Haupttat zu einem einheitlichen Verbrechen, ähnlich dem fortgesetzten Delikt, verschmolzen werden. Es soll nicht verkannt werden, daß sie tatsächlich gewisse Gemeinsamkeiten in ihrer Struktur aufweisen: nicht nur die normative Bewertung, auch die Rechtsgüterabwägung ist bei beiden die gleiche. Im Gegensatz zum fortgesetzten Delikt aber handelt es sich hier „nicht um eine Zusammenfassung mehrerer strafbarer Handlungen mit der sich hieraus ergebenden Umgestaltung der Strafolgen, sondern im Gegenteil, um das Ausscheiden einer prima

facie als strafbar erscheinenden Handlung“ [1]). Die Berechtigung aber, auch in einem solchen Fall von Verbrechenseinheit zu sprechen, folgt daraus, daß die eine Handlung „prima facie“ als strafbar erscheint, also prima facie Verbrechensmehrheit vorliegt. Um nun den Gegensatz hierzu zu kennzeichnen, erscheint der Ausdruck Verbrechenseinheit angebracht. Wenn Merkel [2]) sie dann annimmt, „wenn verschiedene Erscheinungsformen, nämlich Versuch und Vollendung usw. hintereinander in Beziehung auf ein Verbrechen verwirklicht worden sind“, so ist dies zweifellos zu eng. Denn nicht nur auf die Formen der Verwirklichung des einen Verbrechens, sondern auch auf das Verhältnis zu anderen „Verbrechen“ kommt es an, also nicht nur innerhalb eines einzigen Straftatbestandes oder Gesetzes, sondern auch im Rahmen eines ganzen Lebensvorganges, aus dem sich ein Abschnitt als Verbrechenseinheit juristisch charakterisieren läßt. Diese juristische Qualifizierung berechtigt es, die Verbrechenseinheit auch dann anzunehmen, wenn nicht nur ein Gesetz als scheinbar mehrmals verletzt in Betracht kommt, — dies wäre natürliche Verbrechenseinheit —, sondern wenn mehrere Gesetze bzw. Handlungen vorliegen, die nicht nur unter das eine Gesetz fallen. Nach Dohna [3]) entbehrt ja allerdings schon die Aufstellung der Kategorie einer Verbrechenseinheit bei Handlungsmehrheit an sich aller logischen Berechtigung. Denn es werde „dabei vorausgesetzt, daß es möglich sei, die Anzahl der Handlungen zu berechnen, welche in einem Verbrechen enthalten sei“. Dazu aber fehle es „dem zum Maßstabe dienenden Vorgang Handlung an dem wichtigsten Erfordernis jeden Maßstabs, der eigenen Meßbarkeit“. Handlung aber sei „nichts anderes als eine unter einem bestimmten Zweckgesichtspunkt gedachte Einheit des Handelns ... Der Vorgang Handlung und der Vorgang Verbrechen fallen notwendig ineinander“. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß es gar nicht auf die eigene Meßbarkeit der Handlung ankommt, sondern auf ihr Verhältnis zu den anderen mitverwirklichten Handlungen, und daß ihre Beurteilung nicht von dem Maßstab abhängt, den sie in sich tragen, sondern von dem, der es gestattet, sie gegeneinander abzuwägen und zu bewerten. Damit entfällt aber die Behauptung von der logischen Unmöglichkeit einer Ver-

[1]) Honig, S. 115.
[2]) a. a. O. S. 274.
[3]) in Aschrott-Liszt, Reform I S. 406.

brechenseinheit bei Handlungsmehrheit, und zwar nicht nur, weil es logisch möglich ist, von einem einzigen Verbrechen bei Verwirklichung mehrerer Handlungen zu sprechen — die Gleichung: Vorgang Handlung = Vorgang Verbrechen geht also nicht immer auf, sie berührt im übrigen wieder die Grundlagen des Strafrechts —, sondern weil es auch aus praktischen Gründen richtig und angebracht ist, diesen Begriff zur Klärung bisher noch wenig verwendeter Begriffe zu gebrauchen. Daß letzteres aber der Fall ist, beweist die stiefmütterliche Behandlung, die die großen Lehrbücher und Kommentare diesem Fragenkreis der Konkurrenzlehre zuwenden, wenn auch nicht verkannt werden kann, daß die neueren Werke, so insbesondere die von Mezger, Hippel und Liszt-Schmidt ihm größere Beachtung zuzumessen beginnen. Auch hier wieder eine Parallele zum fortgesetzten Delikt: ein nicht im Gesetz verankerter oder auch nur vorgesehener Fall, der — dies bezieht sich jetzt allerdings nur auf das fortgesetzte Delikt — durch die Arbeit der Wissenschaft nicht nur in ihr einen festen Platz einnimmt, sondern, was viel wichtiger ist, in der Praxis nicht mehr aus dem System des Strafrechts und seiner Anwendung hinwegzudenken ist. Gemeinsamer Ausgangspunkt sowohl für das fortgesetzte Delikt wie für die straflose Vortat ist die Erkenntnis, daß „beim Zählen der Verbrechen zwar von der Anzahl der Handlungen auszugehen ist, letzendig ist die Zahl der Verbrechen aber abhängig von der Zahl der Unwertbedeutungen der Handlungen“ [1]). Auch die Strafdrohung hat das Recht und die Pflicht, „ihre Rechtswirkungen nach dem wahren Gehalt, nicht nach der äußeren Erscheinung der Willensbetätigung zu verteilen....“ [2]).

a) Nach Honig lassen sich die Erscheinungsformen der straflosen Vor- und Nachtat nicht unter die juristische Verbrechenseinheit bei Handlungsmehrheit einordnen, und zwar nicht nur bei Spezialitäts- und Alternativitätsverhältnis, sondern auch bei Subsidiarität und Konsumtion. Denn „die Zusammenfassung einer natürlichen Handlungsmehrheit zu einer juristischen Handlungseinheit beruhe... auf einen zwischen den Einzeldelikten bestehenden inneren Zusammenhang. Die Straflosigkeit der Vor- und Nachtat dagegen auf einer zwischen den in Betracht kommenden Strafrechtssätzen bestehenden Rangordnung“ [3]). Es

[1]) Honig, Studien, S. 4.

[2]) Coenders: Strafrechtliche Grundbegriffe, S. 304.

[3]) Honig S. 115, 116; vgl. auch S. 10 ff.

ist aber nicht zutreffend, hier einen Gegensatz zwischen dem inneren Zusammenhang und der Rangordnung zu konstruieren. Denn „Rangordnung" kann doch nichts anderes bedeuten, als das Urteil über ein Wertverhältnis, in dem die Delikte zueinander stehen, von denen also eines, oder, falls sie zusammentreffen, mehrere, den Vorrang vor dem oder den anderen haben. Daß aber ein solcher Vorgang besteht, ist die gedankliche Schlußfolgerung einer bestimmten Bewertung, und diese wiederum muß den „inneren Zusammenhang" der Delikte genau so beachten wie die äußere Aufeinanderfolge der Handlung. Zwischen „Rangordnung" und „innerem Zusammenhang" besteht also gar kein Gegensatz, sondern eine Wechselbeziehung, wobei dieser jene durchdringt. Die Kritik Hippels [1]), diese Rangordnung beruhe doch lediglich auf dem inneren Zusammenhang, ist also durchaus berechtigt. Wenn nun Honig gerade unter Ablehnung des Begriffes der Verbrechenseinheit bei Handlungsmehrheit „der Gesetzeskonkurrenz als scheinbarer Idealkonkurrenz die straflose Vor- und Nachtat als scheinbare Realkonkurrenz in systematisch gleichwertiger Gliederung an die Seite .... stellen" will, so ist doch die Voraussetzung hierfür, daß nämlich Vor- und Nachtat nicht unter die Verbrechenseinheit fallen sollen, nicht zutreffend, folglich müssen auch die Ergebnisse anders ausfallen. Wenn aber mit dieser Rangordnung nicht die Feststellung eines Wertungsverhältnisses gemeint sein soll, sondern nur die einer Tatsache, nämlich das abstraktlogische Verhältnis der Tatbestände an sich, dann bestünde allerdings ein Gegensatz zum „inneren Zusammenhang" der Einzeldelikte, und die Ablehnung der Einordnung der straflosen Vor- bzw. Nachtat in die Verbrechenseinheit wäre gerechtfertigt. Dies aber ist wiederum eine Auffassung von der „zwischen den Strafrechtssätzen bestehenden Rangordnung", der nicht zugestimmt werden kann. Denn sie nimmt die Kategorie der Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion und Alternativität zum alleinigen Maßstab für die Wertung der Rechtsverletzung und folgert aus ihnen das Vorliegen einer Vor- bzw. Nachtat, während diese vier Fälle gerade umgekehrt nur Anzeichen oder Hilfsmittel sind, um das Vorliegen einer straflosen Vortat zu beweisen. Honig kommt es vor allem auf das „Verhältnis der Strafrechtssätze zueinander" an, — das sind also jene vier möglichen Formen eines solchen Verhältnisses, — dann erst sei die straflose Vortat auf das eine oder andere von ihnen zurückzuführen, und „ohne eine solche

[1]) II § 39 S. 549, 550.

Zurückführung" könne „das Wesen der straflosen Vor- und Nachtat nicht erkannt werden ...." [1]). Da dies der Punkt ist, der Honig von Liszt [2]) trennt, so erhellt schon hieraus, daß auch bei einem Rangbegriff hinsichtlich der abstrakten Tatbestände auf Grund der ihnen zugemessenen verschiedenartigen Bedeutung je nach der Bewertung eine andersartige Bewertung und Wesensbestimmung der straflosen Vortat erfolgen muß. Im Gegensatz zu der Ansicht Honigs, der also die Begriffe der Spezialität, Subsidiarität usw. untersucht und prüft, wie weit diese Begriffe bei Gesetzeskonkurrenz und bei strafloser Vor- und Nachtat in Betracht kommen, ist es nur „eine Frage zweiten Ranges, ob und welche jener systematischen Hilfsbegriffe (mehr sind sie nicht, und ihr Umfang läßt sich evtl. verschieden fassen) auf unsere Fälle Anwendung finden" [3]). Wesentlich ist die Bewertung der Rechtsverletzungen, und diese hat sowohl nach dogmatischen wie nach normativen Gesichtspunkten zu erfolgen, nicht aber von diesen „Hilfsbegriffen" aus.

b) Wenn unter B. I. 2. die sogen. unechte Realkonkurrenz erwähnt war, insbesondere im Gegensatz zur echten und als Fall der faktischen Handlungsmehrheit, so kann dieser Begriff zwar zur Erfassung des Wesens der straflosen Vortat mit herangezogen werden, nicht aber sie in ihn so eingeordnet werden, wie Honig und auch im Endergebnis nicht so, wie M. E. Mayer es tun. Zwar ist letzterem unbedenklich zuzugeben, daß „nicht jede Gesetzeskonkurrenz ... durch Auslegungsregeln aufgelöst werden" könne, „denn nicht alle Gesetze stehen in einem Rangverhältnis", und „ob ein Gesetz dem anderen den Rang streitig macht, kann nicht in reiner Abstraktion entschieden werden" [4]). Auch insofern, als er überhaupt eine Rangordnung anerkennt und die Vorgänge wertet, ist ihm zuzustimmen und decken sich die Ergebnisse. Nicht aber kann anerkannt werden, daß nur „in den Fällen der unechten Gesetzeskonkurrenz das eine Gesetz den Vorfall so vollständig erschöpft, daß es fehlerhaft wäre, daneben das andere ... Gesetz auch noch anzuwenden" [5]). Schon allein das Beispiel der Spezialität zeigt, daß zwar durch ein Gesetz ein Vorfall erschöpfend berücksichtigt werden kann, obwohl keine unechte Realkonkurrenz vorliegt. Denn diese setzt doch

[1]) Honig S. 10.
[2]) Lehrb. 26. Aufl. S. 237.
[3]) Hippel a. a. O. S. 550.
[4]) M. E. Mayer S. 505.
[5]) a. a. O. S. 506.

das Vorliegen mehrerer Handlungen voraus, die Spezialität aber ist an die Verwirklichung nur einer Handlung gebunden. Wenn also M. E. Mayer den Gegensatz von Ideal- und Realkonkurrenz treffend dahin kennzeichnet, daß hier „Rechtsformen, nämlich Deliktsbegriffe und somit Ideen, dort verbrecherische Handlungen und somit reale Vorgänge“ [1]) konkurrieren, so faßt eben der Ausdruck Verbrechenseinheit beides zusammen, sowohl die „Deliktsbegriffe“ wie auch die realen Vorgänge, denn er ist ja nicht gleich Handlungsmehrheit oder Handlungskonkurrenz und nicht gleich Gesetzeskonkurrenz oder Deliktsmehrheit. Die Zusammenfassung der realen Vorgänge bzw. ihre Einordnung unter den Begriff der Verbrechenseinheit bedeutet aber nicht eine Verwischung ihrer Eigenart oder die Vermengung von an sich getrennten und nach natürlicher Auffassung selbständigen Vorgängen zu einem einheitlichen Begriff, sondern die Charakterisierung des gesamten Vorganges als nur ein Verbrechen. Außerdem erscheint es darum angebracht, das Verhältnis eines straflosen Vorganges zu dem ihm folgenden strafbaren als eine Verbrechenseinheit zu betrachten, weil — so juristisch und theoretisch auch der Begriff sein mag — er doch am ehesten einer lebensgemäßen, praktischen Anschauung entspricht. Da es aber hierauf letzten Endes ankommt und sich „die mannigfachen Aufgaben der Strafrechtspflege .... nur lösen lassen, wenn feststeht, was der Gesetzgeber als Einheit, was als Mehrheit behandelt wissen will“, so „ist es aber auch zweifellos richtig, die Mehrheit deliktischer Tatbestände als Verbrechenseinheit — nämlich als Einheit unter dem Gesichtspunkt der Strafanwendung — anzusprechen“ [2]).

2. a) Als ein solcher Gesichtspunkt kommt zunächst die Aufzehrung in Betracht. Die gebräuchlichste und wörtliche Uebersetzung hierfür ist ja Konsumtion, doch deckt dieser Begriff allein nicht alle Fälle einer Aufzehrung. Diese bedeutet das Ausscheiden eines an sich strafrechtlich relevanten Vorgangs oder Vorfalls — ob Gesetz oder Handlung oder beide, sei zunächst noch dahingestellt — aus einem Gesamtvorgang, der der richterlichen Beurteilung unterliegt. Ein Teilgebiet wird ausgeschieden, kommt für die Strafbemessung nicht mehr in Betracht, und es bleibt hierfür nur der andere Teil übrig. Hierin liegt die Beziehung zu dem als straflose Vortat bezeichneten Vorgang,

[1]) M. E. Mayer a. a. O.
[2]) Dohna a. a. O. S. 409.

da auch hier der eine Vorfall ausgeschieden wird, ohne daß jedoch die Absorption hierbei mit der eben geschilderten völlig wesensgleich und identisch wäre. Denn die „Aufzehrung" ist nicht von dem Vorliegen einer natürlichen Handlungsmehrheit abhängig.

Sie kann nämlich in der Weise erfolgen, daß der eine Tatbestand den anderen verdrängt, und dies entweder deshalb, weil diese Aufzehrung im logischen Verhältnis der Gesetze zueinander begründet ist, oder weil eine vergleichsweise wertende Betrachtung die Notwendigkeit einer Absorption und nicht die der Kumulation der Gesetze ergibt.

α) Ganz zweifellos ist die Aufzehrung des einen Tatbestandes durch den anderen im Falle der Spezialität. Deutlicher wäre es allerdings, hier von einer Absorption des einen, nämlich des generellen Gesetzes zu sprechen, weil es ja schon von vornherein und vollkommen für die strafrechtliche Beurteilung ausscheidet. Daß die Tatbestände der Gattungsdelikte aber an sich zur Beurteilung, wenn auch nicht zur Strafbemessung, des ganzen Sachverhaltes herangezogen werden müssen, erhellt schon daraus, daß z. B. bei Zweifelhaftigkeit der Urkundeneigenschaft eines Schriftstückes selbstverständlich auf § 267 zurückgegriffen werden muß und zunächst dessen Tatbestandsmerkmale zu prüfen sind, auch wenn auf die Tat selbst dann § 268 Anwendung findet. Dies bedarf keiner weiteren Erläuterung. Es ist daher für die Untersuchung des Vorliegens und Wesens der straflosen Vortat nicht von Bedeutung, ob man sich hinsichtlich der Spezialität der Ansicht Lent's, daß „obwohl zwei Gesetze passen, zwei abstrakte Tatbestände erfüllt sind, nur ein konkreter Tatbestand gebildet werden darf" [1]), anschließt, oder der Honig's, „entscheidend sei die Wiederholung der Merkmale des Grundtatbestandes in den spezialisierenden Deliktstatbestand, entscheidend also eine aus den Tatbeständen selbst ablesbare Uebereinstimmung" [2]), — immer steht nur das Verhältnis der gesetzlichen Tatbestände selbst zueinander in Frage.

β) In der Wissenschaft wird die Ansicht vertreten [3]) ein Spezialitätsverhältnis liege auch dann vor, wenn bei Vergleich der Gesetze der eine Deliktstatbestand zwar nicht begriffsnotwendig und daher ausnahmslos, wohl aber regelmäßig und nor-

[1]) Lent S. 11.
[2]) Honig S. 23.
[3]) Vgl. Hippel a. a. O. S. 524.

maler Weise einen anderen Tatbestand mitumfaßt. „Denn da bezweckt die Strafdrohung zugleich bereits die Berücksichtigung dieses Merkmals". Dies aber ist ein Fall von Konsumtion, ja sogar der Hauptfall der Konsumtion, und er läßt sich deshalb nicht unter die Spezialität einreihen, weil Wesensverschiedenheit vorliegt. Zwar kann nicht verkannt werden, daß die beiden Begriffe Gemeinsames haben und zwar gerade das, was für die Unterscheidung der straflosen Vortat von anderen Konkurrenzfällen von Bedeutung ist, nämlich das Beruhen der anderen auf der Handlungseinheit, sie lassen sich aber darum nicht unter den gemeinsamen Begriff Spezialität zusammenfassen, weil diese allein auf logischen, die andere — die Konsumtion — allein auf normativen Erwägungen beruht. Gemeinsam aber haben Spezialität und Konsumtion wiederum, daß sich „die Elimination des einen Gesetzes aus der .... Struktur des anderen ergibt, hier ist die Konkurrenz nur eine unechte, ein Bewerber tritt von Anfang an zurück" [1]).

γ) In solchen Fällen aber, wo mehrere Handlungen oder nach Sauer „natürliche Akte" [2]) tatsächlich aufeinanderfolgen und doch der eine oder ein Teil dieser Akte konsumiert oder besser: eliminiert wird, jedenfalls also für die Straffestsetzung oder Strafsatzung — um den Unterschied zur Strafnorm hervorzuheben — ausscheidet, liegt nur scheinbar eine straflose Vortat vor. Zwar sind dann die Voraussetzungen der Handlungsmehrheit und Verbrechenseinheit erfüllt, jedoch hält diese Handlungsmehrheit einer eingehenden Analyse nicht Stand, jedenfalls läßt sie sich nicht unter den Begriff der „Tat" im Sinne von Vortat bringen.

Besonders deutlich wird dies an dem häufig erörterten Beispiel des Verhältnisses von Zweikampf und Körperverletzung oder Tötung. Wenn der eine der beiden Duellanten den anderen verletzt oder tötet, so sind dieser Handlung, die sich als tatsächliche Einwirkung auf den Körper darstellt, doch normalerweise mehrere andere vorausgegangen, die zweifellos unter den Tatbestand eines Gesetzes, nämlich die Norm über den verbotenen Zweikampf fallen. Wo soll aber hier die Vortat liegen, und welcher Vorgang soll straflos bleiben? Gerade die „Vorhandlungen", nämlich die vor der Einwirkung auf den Körper vorgenommen worden sind, enthalten „die speziellere Bewer-

[1]) Sauer § 18 S. 483.
[2]) Sauer a. a. O.

tung des konkreten Geschehens", sind also allein für die Anwendung der Normen und des Strafmaßes maßgebend. Es liegt dann keine Vortat vor, wenn auch der Ausschluß des einen Gesetzes in gewissem Sinne zu einer Straflosigkeit, nämlich zur Nichtanwendung der Normen über die Körperverletzung oder Tötung führt. Meist wird ja nun ein Konsumtionsverhältnis dann bestehen, wenn die Verwirklichung der Normen straflos ist, bzw. die Normen nicht für die Strafanwendung in Betracht kommen, die vor denen liegen, die zur Anwendung kommen, bzw. in denen sie selbst aufgehen. Dann könnte nach dem Ausgeführten eine straflose Vortat nur dann nicht vorliegen, wenn noch die juristische Handlungseinheit zu bejahen wäre. Wann das aber der Fall ist, läßt sich nicht ein für allemal sagen, sondern ist von Fall zu Fall zu entscheiden. „Somit beruht die Konstatierung von Konsumtionen letzten Endes auf dem juristischen Takt...." [1]), und es ist nur möglich, die Voraussetzungen darzulegen, unter denen es überhaupt zu einem derartigen Konkurrenzverhältnis kommen kann, und inwiefern hiervon die Erscheinung der straflosen Vortat abzugrenzen ist. Worauf es ankommt, ist aber vor allem darzulegen, daß die lex consumta nicht unbedingt, ja sogar sehr oft nicht strafrechtlich als die „straflose Vortat" zu bezeichnen ist, und vor allem dann nicht, wenn sich nach natürlicher oder juristischer Betrachtung nur eine Handlungseinheit feststellen läßt. Da aber fernerhin hier im Gegensatz zu Honig die Ansicht vertreten wird, daß die Feststellung von Spezialität, Konsumtion oder Subsidiarität allein nicht genügt, um dadurch das Vorliegen einer strafbaren oder straflosen Vor- bzw. Nachhandlung zu begründen, so genügt der Gegensatzbegriff zur Konsumtion allein für sich natürlich auch noch nicht zu der Annahme, es müsse dann notwendigerweise ein Fall von strafloser Vortat gegeben sein. Nicht auf das abstrakte Verhältnis kommt es an, sondern auf die Sinn- und Zweckermittlung [2]).

Zusammenfassend ist hier also festzustellen, daß da, wo Verbrechenseinheit vorliegt, die auf einer juristischen Handlungseinheit beruht, keine straflose Vortat vorliegen kann, weil der eine Vorgang entweder keine „Vortat" oder keine „Tat", sondern nur eine Handlung ist. Diese zehrt unter Umständen

---

[1]) M. E. Mayer Kap. 11 A S. 505.

[2]) Vgl. über den Konsumtionsbegriff überhaupt Honig S. 65 ff.; M. E. Mayer S. 503 ff.; Sauer S. 480; Mezger S. 472 ff.

eine andere auf und begründet dann echte Konsumtion, während im Gegensatz dazu die Aufzehrung eines gesetzlichen Tatbestandes durch den anderen Spezialität bedeutet.

b) Zur Erfassung des Wesens des Verhältnisses von Vor- und Haupttat bedarf es eines Hinweises darauf, daß es — wie allgemein anerkannt, Straftaten gibt, die sogar als solche die Strafbarkeit einer „Vortat" voraussetzen, nämlich Begünstigung und Hehlerei. Der Handlung des Begünstigten fehlt aber, obwohl sie rein zeitlich betrachtet die „Vortat" ist, die innere Beziehung zu dem Nachakt, eben jenes spezifisch Vortäterische. Man kann sie von sich aus, ohne den Blick auf die Begünstigungshandlung zu richten, überhaupt nicht als eine Vortat ansprechen, sondern nur als ein selbständiges, für sich allein stehendes Delikt, eine „Tat". Wenn man diese als Hauptat bezeichnen will, so liegt gar kein Grund vor, die folgende „Tat", die Begünstigungshandlung also, etwa als „Nachakt" zu bezeichnen, sondern diese ist an sich ebenfalls völlig selbständig, also selbst „Hauptat". Daß aber die vorhergehende Tat überhaupt als Vortat bezeichnet wird, liegt daran, daß dies nur zur Charakterisierung ihrer tatbestandsmäßigen Voraussetzung, als Bedingung der Strafbarkeit für die Nachtat dient und den Charakter der beiden „Taten" selbst vollständig unberührt läßt. Infolge dieser Beziehung oder vielmehr dieser nicht bestehenden inneren Beziehung und des beiderseitigen Charakters als Haupttaten liegt hier keine straflose Vortat vor.

Der innere Grund hierfür ist aber auch darin zu sehen, daß die erste „Tat" nicht das Mittel zur Begehung der zweiten bildete, sondern von ihr völlig unabhängig und selbständig ist. Für eine wirkliche Vortat in dem hier gemeinten Sinne ist also die Mittel-Zweckbeziehung der beiden zur Beurteilung stehenden Vorgänge Voraussetzung.

Unter dem Gesichtspunkt dieser Mittel-Zweckbeziehung erscheinen nun die Begriffe von Bedeutung, die es ebenfalls mit einem solchen Verhältnis zu tun haben, nämlich die Subsidiarität und wiederum die Konsumtion. Dabei zeigt sich wieder, daß es richtiger ist, Konsumtion, Spezialität und Subsidiarität nicht zum Maßstab zu nehmen, um von ihnen aus das Vorliegen einer straflosen Vortat zu begründen, sondern sie nur ergänzend heranzuziehen, weil, wie ja bereits gesagt, die Begriffe nicht so feststehend sind, wie es nach Honigs Erörterung den Anschein hat, und weil sie selbst zum Teil sogar unter gemeinsamen um-

fassenden Gesichtspunkten stehen. Ein solcher ist das Verhältnis vom Mittel zum Zweck.

Mezger hat dies besonders klar dargestellt: „Die Fälle der sogen. straflosen Vor- und Nachtat bilden insofern eine eigenartige Gruppe, als es sich bei ihnen immer um zeitlich aufeinanderfolgende Vorgänge handelt, die verschiedenen Strafgesetzen unterstehen. Die Frage lautet bei der sogen. Vortat: ist sie deshalb und insoweit konsumiert, als sie zum Zwecke der Haupttat vorgenommen wurde....? Wo es sich um die Mittelzweckbeziehung..... handelt, da ist es entscheidend, ob sinngemäß in dem auf die Hauptat anwendbaren Strafgesetz das angewendete Mittel, etwa wegen der erfahrungsmäßigen Häufigkeit oder Regelmäßigkeit seiner Verwendung, schon abgegolten ist oder nicht“ [1]). Mißverständlich allerdings ist es, die Vortat als konsumiert zu beziehen, weil dieser Begriff auch andere Vorgänge mitumfaßt, ja weil überhaupt die herrschende Lehre ihn lediglich so auffaßt, daß das eine Gesetz das andere derart umfaßt, daß dessen selbständige Bedeutung wegfällt, dies aber nicht nur bei der Konsumtion der Fall ist. Sie als solch' ein Sammelbegriff ist daher der Erscheinungsform der straflosen Vortat nicht gleichzusetzen“ [2]). Aus demselben Grunde ist auch Sauer's Ansicht nicht zutreffend, „es könne ein Nachakt, einen Vorakt konsumieren, nämlich Vollendung einen vorausgegangenen Versuch, Versuch eine vorausgegangene Vorbereitungshandlung,... Täterschaft ..... Teilnahme, Anstiftung .... Beihilfe, Verletzung .... Gefährdung“ [3]). Es wäre eine Verwischung des eigenartigen Charakters der straflosen Vortat, sie unter die Konsumtion einzureihen. Dies ist auch nicht möglich unter dem Gesichtspunkte der „Lehre vom Tatbestand“ im Sinne Belings und der durch ihn begründeten „Typenlehre“. Wenn auch keinesfalls bestritten werden soll, daß sich „mit der Tatbestandsverwirklichung auch gleichzeitig . . . Handlungen verbinden können, die, ohne daß in ihnen die Tatbestandsverwirklichung bestünde, doch mit ihr zusammenhängen, und daß dann alles nicht zum Tatbestandskern gehörige Handeln.... dem Typus nicht genügt und sonach grundsätzlich straflos ist“ [4]), so geht doch gerade aus der Tatsache, daß die „der seitlichen Außenzone

[1]) Mezger § 69 II S. 476.

[2]) Vgl. hierzu Sauer S. 480; M. E. Mayer 503.

[3]) a. a. O. 481.

[4]) Beling, Lehre vom Verbrechen S. 249.

angehörigen Handlungen . . . als Nebenhandlungen" aus dem Tatbestandskern „herausfallen"[1]) hervor, daß dieser Vorgang nicht als Konsumtion[2]) bezeichnet werden kann. Denn die in die Außenzone fallenden Handlungen gehen dann nicht im Tatbestandskern in dem Sinne auf, wie die herrschende Lehre annimmt, sondern verlieren ihre selbständige Bedeutung. Während Honig infolge seiner Problemstellung zu dem Ergebnis kommt, es hänge von dem Subsidiaritäts-, Konsumtions-, Spezialitäts- und Alternativitätsverhältnis ab, ob straflose Vor- oder Nachtat oder überhaupt einer dieser Begriffe vorliege, und infolgedessen zu dem weiteren Ergebnis kommt, Spezialität scheide völlig aus, desgleichen für die Vortat die Alternativität, während bei „Subsidiarität ausschließlich die Vortat straflos bleibt . . ., bei Konsumtion die Vortat jedoch ausnahmsweise dann, wenn sie im Verhältnis zur Nachtat die leichtere Teilnahmeform ist"[3]), bezieht Hippel[4]) die straflose Vortat nicht auf ein solches „Gesetzeskonkurrenz"verhältnis und stellt sie auch nicht wie Honig in Beziehung zur Nachtat. Das ist aber besonders gegen Honigs Ansicht hervorzuheben, daß aus dem Wesen der straflosen Vortat nicht die Strafbarkeit einer Nachtat, sondern die der Haupttat folgt. Gerade wenn man, wie Honig, die Nachtat einer besonders eingehenden Deutung unterzieht, muß es unzulässig erscheinen, sie, deren Straflosigkeit man zu begründen versucht, nun wieder im Verhältnis zur Vortat als strafbar zu bezeichnen. Anders aber läßt sich das angeführte Zitat (S. 115) nicht auffassen. Strafbar ist zwar, wenn der eine Vorgang als straflose Vortat bezeichnet ist, der ihm nachfolgende, aber aus dessen Wesen ergibt sich, daß ihm die Hauptbedeutung und nicht nur die eines Nachaktes zukommt. Strafbar ist dann also die Haupttat. Zusammenfassend läßt sich also über die Voraussetzungen und das Wesen der straflosen Vortat sagen, daß „mehrere in natürlichem Sinne selbständige Handlungen zur juristischen Einheit deshalb zusammengefaßt" werden, „weil sie sich gegen dasselbe Rechtsgut richten und der Täter mit der zweiten Handlung lediglich die Absicht verwirklicht, die schon für die erste vom Gesetz begrifflich gefordert und als regelmäßig gegeben vorausgesetzt ist"[5]). Hierbei darf

[1]) Beling, a. a. O. S. 249, 257, insbes. 308.
[2]) a. a. O. S. 308.
[3]) Honig, S. 115.
[4]) § 39 unter dem Kap. „Juristische Handlungseinheit".
[5]) Hippel S. 548.

man aber den Begriff Handlung nicht zu eng fassen, sondern muß ihn als „Vorgang" auffassen, und darf ihn als selbständig lediglich in natürlichem, keinesfalls in dogmatischem Sinne auffassen. Dann kann man aber auch kurz die straflose Vortat als einen Fall von juristischer Verbrechenseinheit bei und trotz Handlungsmehrheit bezeichnen. Sie stellt einen für die Strafbemessung nicht relevanten Vorgang dar, dessen Relevanz deshalb fortfällt, weil dem Sinne des Gesetzes gemäß der Rechtsbrecher nicht noch dann besonders bestraft werden soll, wenn seine Bestrafung auf Grund eines anderen Gesetzes und Vorgangs bereits genügend sein Verhalten berücksichtigt[1]).

Gegenüber der Ansicht Buri's[2]), daß der Zusammenschluß „einer Mehrheit von Verbrechen zu einem Rechtsbruch", wenn das „eine als Mittel für die Begehung des anderen oder allesamt als Mittel für denselben Zweck dienen, es dem Verbrecher geradezu an die Hand „gebe", „jedes Strafgesetz nach seiner Willkür umzugestalten", ist zu betonen, daß keine Rede davon sein kann, daß das Strafgesetz umgestaltet würde. Es handelt sich nur um eine sinngemäße Gesetzesauslegung, die dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Dann aber bestimmt nicht der Täter den Ausschluß oder die Anwendung eines Gesetzes, sondern der Richter. Nicht weil der Täter einen bestimmten Zweck mit unerlaubten Mitteln verfolgt, sondern obwohl dies der Fall ist, scheidet aus besonderen Erwägungen das „Mittel" für die strafrechtliche Bewertung aus. Außer den auf die gesetzgeberische Regelung der §§ 73 ff. im Ganzen gerichteten Erwägungen spricht aber für das Vorliegen einer straflosen Vortat bei der Mittelzweckbeziehung fernerhin „der Reiz, den die Vorstellung des Gelingens des verbrecherischen Vorhabens ausübt. Wenn .... ein Verbrechen zum anderen lediglich im Verhältnis von Mittel zum Zweck steht .... so ist der durch die Strafe zu bekämpfende Reiz lediglich derjenige, der mit dem Zweckdelikt verknüpft ist; denn das Mitteldelikt an sich hat gar keinen solchen"[3]). Höpfner selbst schränkt zwar im folgenden

---

[1]) Nach Wachenfeld, Theorie, 55 IV liegt überhaupt keine Konkurrenz vor, weil ein Gesetz existiert, das alle rechtlich erheblichen Momente berücksichtigt, und wirkliche Gesetzeskonkurrenz nur da, wo kein Gesetz den Tatbestand erschöpft, denn dann erst trete eine Kollision, eine wirkliche Konkurrenz ein. Vgl. demgegenüber aber z. B. Begr. z. Vorentw. zu einem dtsch. StGB A. T. 1909 S. 372.

[2]) Ger.S. Anh. 52.

[3]) Höpfner II S. 56.

diese seine Ansicht wieder ein, doch ist als wesentliches Ergebnis auch seiner Ausführungen festzustellen, daß es auf den Sinngehalt der verletzten Vorschriften und der zwischen ihnen bestehenden Beziehung ankommt. Schließlich sei noch auf die Ausführungen des Leipziger Kommentars [1]) hingewiesen, nach denen ebenfalls in dem Falle, wo „die Begehung der einen Straftat das dem gewöhnlichen Hergang entsprechende Mittel zur Begehung der anderen ist und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge noch als regelmäßig vorhanden vom Gesetz angenommen wird, ... die Strafe, die wegen des herbeigeführten verbotenen Erfolges angedroht ist, auch die Vortat (umfaßt), die das Mittel für diese Herbeiführung bildete. Vortat und Haupttat werden begrifflich und gesetzestechnisch als Einheit angesehen." Dafür nun, daß die Vortat zur Haupttat im Verhältnis von Mittel zum Zweck steht, lassen sich allgemeine Gesichtspunkte wenigstens insoweit anführen, als die Art des „Mittels" in Frage steht, wobei man sich darüber klar sein muß, daß als Mittel die ganze Vortat gemeint ist. Wenn also im folgenden eine Unterscheidung dahingehend erfolgt, ob das Mittel gewollt oder ungewollt ist, so darf dies nicht so verstanden werden, als ob der Täter etwa in den Fällen, wo es ungewollt ist, ohne Vorsatz oder ohne Absicht gehandelt hätte. Sondern wesentlich ist diesen Fällen als straflose Vortaten, daß ihre Verwirklichung vom Willen des Täters insofern unabhängig ist, als er sie verwirklichen mußte, wollte er seinen Zweck erreichen, — daß er diesen Zweck keinesfalls anders erreichen konnte, als durch Verwirklichung der Vortat, weil dies entweder in der Natur der tatsächlichen Sachlage oder der rechtlichen Struktur der als verletzt zunächst in Betracht kommenden Gesetze begründet ist.

Wenn unter A. I. 2. a) und b) Konsumtion und Subsidiarität in Gegensatz zueinander gestellt waren, so ist nunmehr zu sagen, daß innerhalb des Rahmens beider die Erscheinungsform der straflosen Vortat möglich ist, nicht aber bildet sie dann unbedingt einen Fall von Konsumtion oder Subsidiarität. Insbesondere innerhalb der Gruppe, bei der die Vortat einen vollständigen, ganz für sich allein stehenden, insofern also „besonderen" Tatbestand erfüllt, ist streng zu scheiden zwischen den zur Konsumtion gehörenden Fällen — bei Handlungseinheit —

[1]) Erl. VIII, 33, vgl. auch Alberti i. Ger.S. 76, 254 ff., Begr. z. VE z. einem Dtsch. StGB A. T. 1909, 372 und am frühesten für die Straflosigkeit des Mittels: Schütze, ZStW 3, S. 67.

und den Fällen mit Handlungsmehrheit. Diese Trennung hinsichtlich der Verwirklichung von vollständigen Deliktstatbeständen und zu allen Deliktstatbeständen hinzutretenden Formen der Verwirklichung hat also im Bereiche der straflosen Vortat keine andere Bedeutung als die einer methodischen Einteilung.

α, αα) Um die Straflosigkeit eines bestimmten Vorganges nachzuweisen, wäre es nun möglich, entweder aus dem Gesetz selbst, aus der Formulierung der Tatbestände, oder aus nicht im Gesetz selbst zum Ausdruck gelangten Gründen die fehlende Strafbemessungsrelevanz herauszulesen. Hier zeigt sich nun das merkwürdige Ergebnis, daß es leichter ist, die fehlende Relevanz in den Fällen nachzuweisen, in denen die Vortat ein vollständig abgeschlossenes, für sich alleinstehendes Delikt darstellt. Gewiß bestehen erhebliche Zweifel, vor allem deshalb, weil kein normierter Rechtssatz des Inhalts besteht, daß „die verbrecherische Handlung, die als Mittel zur Begehung eines anderen Verbrechens gedient hat“ [1]), für die Strafdrohung außer Betracht zu bleiben hat. Wenn daher oben gesagt worden ist, aus dem Gesetz selbst lasse sich das Vorliegen einer straflosen Vortat nachweisen, so heißt das selbstverständlich nur: aus einer vergleichenden und wertenden Betrachtung der Gesetze. Denn wenn das Gesetz einmal die Beschädigung einer fremden Sache unter Strafe stellt, ganz unabhängig von den Motiven, die den Täter zu dieser Tat veranlaßt haben, andererseits aber diese Beschädigung zwar nicht unter diesem Namen, sondern mit der umfassenden Bezeichnung „Einbruch“ in einem anderen Tatbestande voraussetzt, dann kann nicht eine doppelte Bestrafung eintreten, einmal wegen der überhaupt unter Strafe gestellten Einwirkung auf fremde Sachen, zum anderen wegen der gerade unter den besonderen Umständen erfolgten Einwirkung mit dem weitergehenden Ziel der Wegnahme der Sache. Das gleiche muß aber sinngemäß auch für den Fall des Hausfriedensbruchs im Verhältnis zum Einsteigediebstahl gelten. Die an sich, ohne Rücksicht auf den verfolgten Zweck mit Strafe bedrohte Störung des Hausfriedens verliert in dem Falle ihre strafrechtliche Relevanz, in dem sie zur Verwirklichung eines Diebstahls vorgenommen und dieser auch ausgeführt wird. Das Einsteigen enthält begrifflich aber regelmäßig zugleich einen Hausfriedensbruch. In den Fällen also, wo die Vortat — nach der Liszt'schen Formel — „zu den gesetzlichen Merkmalen“ der Haupttat gehört „oder als das dem gewöhnlichen Hergange entsprechende Mittel vom Gesetz-

[1]) Liszt-Schmidt § 53 S. 354 (Liszt'sche Formel); a. A. Hippel II. 548.

geber stillschweigend vorausgesetzt wird", liegt eine straflose Vortat vor, allerdings sind das nicht, wie nach den Liszt'schen Erörterungen anzunehmen, die einzigen Fälle, sondern sogar nur ein Teil derer, bei denen ein vollständiger Tatbestand im Sinne von erfülltem Delikt durch das „Mitteldelikt" verwirklicht worden ist. Es kommt bei dieser Gruppe auch nicht darauf an, ob „der durch den einen Tatbestand angestrebte Schutz vollständiger (ist) als der durch den anderen"[1]). Denn der Schutz des Rechtsguts des Hausfriedens z. B. ist bei § 243 Ziff. 2 (Einsteigediebstahl) keineswegs umfassender als der bei § 123. Im Gegenteil, man könnte sogar sagen, der Schutz ist bei § 123 größer, da hier in besonders ausführlicher Form Kautelen für die Sicherheit des Hausfriedens geschaffen sind, während § 243 Nr. 2 nur eine bestimmte Form von dessen Störung, nämlich das Eindringen, nicht auch das Verweilen, als erschwerend unter Strafe stellt. Daß hierfür — nämlich für § 243 Nr. 2 — andere Gründe außer dem Schutz des Hausfriedens, nämlich die besondere Gefährlichkeit eines unter solchen Umständen verübten Diebstahls sprechen, spielt dabei keine Rolle. Der mit § 243 Nr. 2, sowohl was das Einsteigen wie das Erbrechen von Behältnissen und auch den Einbruch anlangt, erstrebte Rechtsgüterschutz ist also ein anderer als der durch die §§ 123 und 303 beabsichtigte, nicht aber vollständiger oder umfassender. Es „geschieht.... dem Strafbedürfnis Genüge"[2]) unter Ausschaltung der Vortat durch Vergleich der Gesetze selbst, ohne daß schon in diesen Fällen „von der auf den Tatbestandsmerkmalen beruhenden, begrifflichen Erfassung der Typen zu ihrer metatatbestandlichen Zweckbestimmung, d. h. zum angestrebten Rechtsgüterschutz"[3]) vorgeschritten werden müßte. Die vergleichsweise wertende Betrachtung der Tatbestände zeigt schon für sich allein die nicht bestehende Relevanz der Vortat. Hierbei kann man sozusagen auf den ersten Blick — wie bei der Spezialität — erkennen, ob das Mitteldelikt zu den „gesetzlichen Merkmalen" des Zweckdelikts gehört. In diesem Zusammenhang kann sogar auf Buri verwiesen werden, der selbst bei der Ansicht, es liege „an und für sich.... ein Grund für den Ausschluß der Konkurrenz nicht vor, im Falle das Mittel zum Delikt selbst ein Delikt darstellt", doch zu der Ueberzeugung kommt, „angesichts der Ausdrucksweise des Gesetzes und der meistens vorgesehenen Strafrahmen (müsse) doch angenommen werden, daß vorliegend Kon-

[1]) Honig S. 79.
[2]) Honig S. 79.
[3]) Honig a. a. O.

kurrenz nicht in Betracht gezogen und die Mehrheit der etwa begangenen Delikte nur als eine Einheit bestraft werden soll“ [1]).

Bedenken bestehen nun aber insofern, als es bisher in der Wissenschaft und Praxis keine sicheren Maßstäbe gibt, wie weit das Gebiet der straflosen Vortat reicht, insbesondere also, ob jeder Vorgang, der das Mittel zur Verwirklichung weitergehender Zwecke bildete, als für die Strafbemessung irrelevant zu bezeichnen sei. Das wird wohl durchweg, und zwar mit Recht, verneint, denn es ist unzulässig, sich über den Wortlaut und Sinn des Gesetzes hinwegzusetzen. Das würde aber geschehen, wollte man unter Ausschaltung des § 74 StGB auch alle die Vorgänge als straflos bezeichnen, die, sei es infolge ausdrücklicher gesetzlicher Regelung, sei es infolge mit dieser Regelung beabsichtigter gesetzgeberischer Motive den Stempel der unbedingten Relevanz tragen. Das aber sind alle die Delikte, die sich gegen den Bestand der Rechtsordnung als solchen und die von ihr als besonders schutzwürdig erkannten Güter richten, unter besonderer Berücksichtigung der durch ihre objektive Gefährlichkeit qualifizierten. Insofern also ein solches Delikt zeitlich vor einem anderen, zu dessen Zwecken begangenen liegt, und entweder gleichwertig mit diesem oder sogar höherwertig ist, kann man nicht von dem Verhältnis von Vor- und Haupttat, sondern nur entweder von dem zweier Haupttaten oder kurz Taten oder nur einer Tat (Haupttat) und einer ihr folgenden weiteren Tat sprechen. Es muß also von der Behauptung, das Mitteldelikt sei straflose Vortat im Falle der Verwirklichung des Zweckdeliktes als Haupttat, die „Ausnahme gemacht werden, daß, wenn das Mittel als selbständiges Verbrechen strafbarer erscheint wie das Delikt, zu dessen Begehung es dienlich gewesen ist, man dasselbe besonders zu bestrafen hat“ [2]). Das Verhältnis vom Mittel zum Zweck bedeutet nun aber nicht etwa, daß eine straflose Vortat lediglich dann vorliegt, wenn Mittel- und Zweckdelikt einem vorgefaßten Plane gemäß ausgeführt werden, sondern sie ist auch dann möglich, wenn erst im Laufe der Ausführung mehrere Mittel angewendet werden, um zum Ziele zu gelangen. Die Gründe, die den Täter zur Anwendung dieser mehreren Mittel veranlassen, sind hierfür unerheblich. Merkel spricht hier von „entsprechender Anwendung“ [3]) gegen-

[1]) Buri a. a. O. S. 41.

[2]) Buri a. a. O. S. 41.

[3]) Merkel a. a. O. S. 290.

über den von ihm zur Deliktseinheit zusammengefaßten Verbrechensfällen, wenn von der einfachen in die qualifizierte und von der privilegierten in die einfache Form eine Fortsetzung erfolgt. Sehr anschaulich das Beispiel: „Wird z. B. eine Person zuerst durch einen Faustschlag (§ 223), dann durch einen Messerstich (§ 223 a) und darauf durch eine tödliche Verwundung (§ 226) durch denselben Täter verletzt, so kann man, ohne den anzuwendenden Bestimmungen Gewalt anzutun, eine einzige Körperverletzung mit Todesfolge annehmen, trotzdem eine Mehrheit von Akten vorliegt, die an sich betrachtet dem unabhängigen Tatbestand der leichten und der gefährlichen Körperverletzung entsprechen würden“ [1]). Was aber sind die nicht nur für sich allein, sondern im Zusammenhang mit dem späteren Vorgang verwirklichten vorherigen Delikte und Vorgänge anders als straflose Vortaten? Sie erfüllen vollständig die an diesen Begriff geknüpften Voraussetzungen und zeigen zugleich, daß es nicht immer ein Vorgang sein muß, der straflos bleibt, sondern auch mehrere Mittel darunter fallen können, sofern nur ein Vorgang die „Haupttat“ darstellt. Mithin können also auch bei den Fällen, wo die Anwendung der Mittel sich erst bei der Ausführung des Planes ergibt, eine oder sogar mehrere straflose Vortaten gegeben sein, ohne daß es nötig wäre, die für die Verbrechenseinheit geltenden Grundsätze hierfür „entsprechend“ anzuwenden. Keine Analogie, sondern einfache Subsumtion unter dem Begriff.

Wesentlich für das Vorliegen einer straflosen Vortat ist auch die Höhe der angedrohten Strafen, denn hieran läßt sich besonders gut der vom Gesetzgeber mit der Norm beabsichtigte Zweck und die Bedeutung, die er einem derartigen Rechtsbruch beilegt, ermessen. Auf diese Bedeutung der Strafdrohung hat schon Mezger hingewiesen [2]). Seine Ausführungen bedürfen insofern eine Ergänzung, als auch der Vergleich der Strafdrohungen in den größeren Rahmen des Vergleichs der vollständig erfüllten Tatbestände zu stellen ist, denn der Begriff Tatbestand umfaßt ja die Norm und die Strafdrohung. Es läßt sich mit Sicherheit sagen, daß von zwei Vorgängen, deren einer mit wesentlich schärferer Strafe, der Art oder der Höhe nach, belegt ist, dieser niemals der unwesentlichere sein wird, also auch niemals die straflose Vortat, denn wenn auch Vortat lediglich im

[1]) Merkel a. a. O. S. 291.

[2]) § 69 II Anm. 22, S. 477; vgl. auch Höpfner II 175; Hippel II § 39, 548; Wachenfeld, Theorie, S. 87.

Sinne zeitlicher Aufeinanderfolge, so doch niemals im Sinne wertabwägender, vergleichender Betrachtung. Die Strafdrohung ist ein Anzeichen für die vorhandene Relevanz oder die Möglichkeit der Annahme einer Irrelevanz bei Vorhandensein einer relevanten Haupttat.

ββ) Die Fälle, bei denen die Vortat zwar auch einen für sich alleinstehenden Tatbestand, ein Delikt, ausmacht, bei denen zwar auch die Vortat „gewollt ist" insofern, als der Täter mit Wissen und Willen handelt, bei denen aber die Verwirklichung des Mitteldelikts notwendig ist zur Erreichung des Zweckes kraft der den Tatbeständen selbst innewohnenden Struktur, liegen vor allem bei den sogen. Gefährdungsdelikten im Verhältnis zu den Verletzungsdelikten vor. Auch hier ist zunächst festzustellen, daß die Fälle, bei denen nur eine Handlung tatsächlich vorgenommen wurde, mangels Vorhandensein der für das Verhältnis von Vor- und Haupttat notwendigen Handlungsmehrheit von vornherein ausscheiden. Ob man nun in solchen Fällen Konsumtion der Gefährdungsnorm durch die Verletzungsnorm annimmt, ist gleichgültig [1]).

Wesentlich ist dem Gefährdungsdelikt, daß es „entsprechend der zum Wesen der Gefahr gehörenden Unsicherheit" die „Möglichkeit vielfältiger Verletzungen enthält" [2]). Wenn aber Honig zur Verwirklichung der Verletzungsnorm „nicht sinngemäß eine weitere Handlung" für erforderlich hält, vielmehr „der Uebergang von der Gefährdung zur Verletzung eines Objektes schon in jeder Verletzungshandlung enthalten" sei, so ist demgegenüber festzustellen, daß die ganze Frage doch nur dann problematisch ist, wenn tatsächlich eine weitere Handlung vorgenommen worden ist. Denn daß bei der tödlichen Verletzung durch einen Schuß lediglich die Norm über fahrlässige oder vorsätzliche Tötung und nicht auch die über die Verletzung des Körpers mittels gefährlichen Werkzeugs zur Anwendung kommt, läßt sich nicht bezweifeln. Daraus aber folgt, daß die von der Doktrin auf diesem Gebiet angestellten Erörterungen: Konsumtion oder Subsidiarität der Gefährdungshandlung, nicht den Kern der Sache treffen. Denn die Problemstellung lautet hier: liegt eine straflose Vortat vor, wenn mehrere Rechtsverletzungen desselben Täters in einem Verhältnis zueinander stehen, das nach der delik-

[1]) Vgl. Honig, S. 71.

[2]) Honig a. a. O.; Mezger S. 475; Meyer-Allfeld S. 261; Wachenfeld. Theorie 54.

tischen Seite hin als das der Gefährdung zur Verletzung zu bezeichnen ist?

Daß es beim Vorliegen von Handlungsmehrheit auf den „Wertungscharakter der ganzen Frage" ankommt, zeigt sich daran, „daß der Sinn der Gefährdung im Einzelfall über die konkrete Verletzung hinausgreifen kann; dann bleibt ihr Unwert neben der konkreten Verletzung unverändert bestehen" [1]). Wenn aber dieser Unwert der Gefährdungshandlung nicht größer ist, oder wie sogar meist anzunehmen, geringer als der der Verletzungshandlung, dann ist die Gefährdungshandlung straflose Vortat gegenüber der sich als strafbare Haupttat darstellenden Verletzungshandlung, weil die Gefährdungshandlung dann ihre Relevanz einbüßt. Auch dies muß als Merkmal der straflosen Vortat festgehalten werden: Ihre strafrechtliche Relevanz fehlt nicht von vornherein, sondern sie wird ihr erst durch die Haupttat genommen.

M. E. Mayer nimmt nun zwar an, und damit begründet er auch den Ausschluß des Subsidiaritätsverhältnisses, daß „Gefährdung und Verletzung kaum je auf zwei Geschehnisse verteilt sind, und falls diese Getrenntheit ausnahmsweise besteht, in echter Realkonkurrenz stehen" [2]). Das von ihm gewählte Beispiel: Unterlassung der rechtzeitigen Reinigung des Schornsteins und dadurch fahrlässige Verursachung eines Brandes ist in zweifacher Hinsicht von Bedeutung: Einmal gibt er selbst zu, daß in diesem Falle der Täter nur „ein einheitliches Verhalten zu verantworten" hat. Was aber ist dann die Unterlassung — in diesem Falle besteht also der Vorgang ausnahmsweise nicht in einer positiven Handlung — anders als eine straflose Vortat? Warum hätte sonst der Täter nur „ein einheitliches Verhalten" zu verantworten? Die Feststellung dieser einheitlichen Verantwortlichkeit führt doch mit logischer Notwendigkeit zu der Annahme, der eine Vorgang werde dem Täter nicht zur Schuld zugerechnet, er bleibt für die Strafbemessung außer Betracht und folglich, aufs Ganze betrachtet, irrelevant. Gerade dieses Beispiel aber zeigt ferner den Unterschied zu den vorhin behandelten Fällen, bei denen das Mittel willkürlich vom Täter verwirklicht worden ist. Da man nun beim Fahrlässigkeitsdelikt überhaupt nicht vom Zweck, der mit ihm verfolgt wurde, sprechen kann, kann also insofern das Vorliegen einer straflosen

[1]) Mezger § 69 S. 475.
[2]) M. E. Mayer a. a. O. S. 515.

Vortat nicht unbedingt an die Voraussetzung der Mittel-Zweckbeziehung geknüpft werden, sondern man muß eine straflose Vortat auch dann annehmen, wenn die Erfüllung des Haupttatbestandes im konkreten Fall nicht anders erfolgt ist als durch vorherige Verwirklichung des Vortattatbestandes. Dessen Verwirklichung ist also nicht in dem Sinne willkürlich, daß der Täter mit ihm den Zweck der Begehung der Haupttat verfolgte, sondern unwillkürlich insofern, als die Struktur der gesetzlichen Regelung die Erfüllung des Vortattatbestandes gerade in diesem konkreten Fall erforderte. Nur in Beziehung auf den konkreten Sachverhalt kann man dann also sagen: die Verwirklichung des Mitteldeliktes war notwendig, sonst wäre die Haupttat nicht begangen worden. Das gilt für alle Verletzungshandlungen, bei denen vorher eine Gefährdungshandlung vorgenommen wurde, und deren beider Vergleich das Vorliegen nur einer Haupttat ergibt. Letzteres ist aber von besonderer Bedeutung im Hinblick auf die von M. E. Mayer behauptete Realkonkurrenz bei Getrenntheit von Gefährdungs- und Verletzungshandlung. Gewiß ist einem solchen Ergebnis zuzustimmen in dem Falle, wo nach der Unterlassung der Reinigung der Schornsteine etwa der Brandstiftervorsatz hinzukommt. Hier folgt aber die Annahme von Realkonkurrenz der Delikte aus dem Fehlen ihrer inneren Beziehung. § 368 Ziff. 4 ist in seiner Struktur ein Fahrlässigkeitsdelikt, während § 308 den Brandstiftervorsatz erfordert. Sie liegen also auf ganz verschiedenen Ebenen und stehen daher niemals im Verhältnis von Vor- und Haupttat, sondern sind je ein selbständiges Delikt. Realkonkurrenz ist aber nicht in allen Fällen anzunehmen, in denen Gefährdungs- und Verletzungshandlung so getrennt sind, wie M. E. Mayer es annimmt. Wenn z. B. der Täter sein Opfer mit der Begründung eines Verbrechens bedroht hat und dann bald seine Drohung wahr macht, also etwa tötet, dann hat er an sich sowohl den Tatbestand des § 241 wie auch den des § 211 oder 212 verwirklicht. Buri nimmt nun in diesem Fall an, daß die Bedrohung „nicht als konkurrierend in Betracht gezogen werden dürfe", aber nur „wenn der Stich alsbald nachfolgt", nämlich nach dem „Zücken des Dolches", das „eine vollendete Drohung" [1]) enthalte. Obwohl also das Delikt des § 241 voll erfüllt ist, soll dieserhalb keine Bestrafung eintreten. Warum aber? Doch nur deshalb, weil der vorhergehende Vorgang gegenüber der Haupttat rechtlich irrelevant ist, weil er eine echte straf-

[1]) Buri in GerS. 31 Anh. S. 42.

lose Vortat darstellt. Man kann hier nicht von Handlungseinheit sprechen, da ja gerade das Gegenteil ihrer Voraussetzungen vorliegt.

Eine straflose Vortat muß aber auch dann angenommen werden, wenn die Haupttat nicht sofort nachfolgt, sondern sich zwischen sie und die Drohung ein gewisser Zeitraum schiebt, sei es, daß z. B. ein Wortwechsel zwischen Täter und Angegriffenen stattfindet, sei es, daß andere Umstände vorliegen, die sich zwischen Androhung und Vollzug der angedrohten Tat schieben. Abgesehen davon, daß hier unter Umständen nicht nur eine in der rechtlichen Struktur der in Frage kommenden Deliktstatbestände begründete Mittel-Zweckbeziehung vorliegt, sondern auch eine echte insofern, als die Verwirklichung des Mittels durchaus in das Belieben und Wollen des Täters gestellt ist, kann man von einem Gefährdungsdelikt sprechen, das im Falle der Verwirklichung der Drohung in Beziehung zu einem Verletzungsdelikt tritt. Aber nicht nur dann ist sie ein Gefährdungsdelikt, sondern immer, also abstrakt, wenn man dem die Definition Honig's zugrundelegt, das Gefährdungsdelikt enthalte als wesentliches Merkmal „die Möglichkeit vielfältiger Verletzungen". So kann man die Drohung geradezu mit dem gekennzeichneten Wesen des Gefährdungsdelikts identifizieren.

Dann aber kann man eine straflose Vortat auch dann annehmen, wenn z. B. die Haupttat nicht mit demselben Mittel ausgeführt wurde wie die Vortat oder sich die Haupttat nicht unmittelbar an die Vortat anschließt, was beides charakteristisch für das Buri'sche Beispiel ist. Weiter ist aus obigem die Folgerung zu ziehen, daß auch in den Fällen, bei denen nach M. E. Mayer § 74 zur Anwendung käme, dieser infolge Vorliegens einer straflosen Vortat meist ausgeschlossen ist. Denn für jedes Gefährdungsdelikt muß im Verhältnis zur nachfolgenden Verwirklichung des Verletzungsdelikts der Satz gelten: der vorhergehende Vorgang bleibt für die Strafbemessung außer Betracht, wenn er das Mittel zur Begehung der Haupttat gebildet hat und sich auf Grund wertabwägender Betrachtung die Unselbständigkeit des einen — vorhergehenden — Vorganges und die Schuldbewertung nur nach dem ihm folgenden ergibt. Besondere Beachtung verdient in diesem Zusammenhang eine Gruppe von Fällen, die zwar auch an sich Gefährdungsdelikte darstellen, insofern aber eine Besonderheit aufweisen, als das Gesetz selbst bei ihnen den Fall des Eintritts der Verletzungshandlung berücksichtigt und besonders normiert. Hierbei ist insbesondere an

die §§ 221, 229 StGB bedacht. Sie könnte man als qualifizierte Gefährdungsdelikte bezeichnen, denn bei ihnen hat der Gesetzgeber den typischen und gewöhnlichen Verlauf der mit ihnen begonnenen Kausalreihe als einen besonderen Erschwerungsgrund dargestellt, der das Verhalten des Täters als strafrechtlich besonders relevant erscheinen läßt und seine Wertung entscheidend beeinflußt. Daß Aussetzung und Vergiftung Mittel zum Zweck sein können und meistens auch sind, kann nicht bezweifelt werden. Daraus aber folgt, daß, auch wenn der eine Tatbestand „das dem gewöhnlichen Hergange entsprechende Mittel zur Begehung des anderen ist und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge noch als regelmäßig vorhanden vom Gesetz angenommen wird“ [1]), daß dann nicht immer eine straflose Vortat vorliegt, weil es Ausnahmefälle gibt, die infolge ihrer Qualifizierung besonders hervorgehoben werden, und die dadurch ein inneres Gewicht erhalten, das es nicht zuläßt, auch im Falle eines weitergehenden Eingriffs in eine geschützte Rechtssphäre ihre Verwirklichung als demgegenüber irrelevant zu bezeichnen. Neben der Strafdrohung ist Anzeichen ihrer Qualifizierung der bereits im Gesetz selbst erfolgte Hinweis auf die mögliche Verletzung, die in der Richtung der Gefährdungshandlung liegt. Dies berechtigt, sie als qualifizierte Gefährungsdelikte aus der Reihe der übrigen herauszuheben. Daraus folgt dann ihre Sonderstellung im Rahmen der straflosen Vortat.

β) Im Gegensatz zu all diesen Fällen, denen sämtlich die Eigenschaft der Vortat als Verwirklichung eines vollkommen für sich stehenden und aus sich heraus verständlichen Tatbestandes eigentümlich ist, werden in der Wissenschaft diejenigen Vorgänge, die einen an sich bei allen Delikten möglichen und zur Verwirklichung hinführenden Tatbestand erfüllen, zwar nicht unter diese Gruppe eingereiht, aber doch eher als straflose Vorgänge bezeichnet. Das rührt daher, daß die Formen, die zur Verwirklichung des Tatbestandes hinführen, also insbesondere die Versuchshandlungen, als subsidiär gegenüber der Haupttat bezeichnet werden [2]). Diese Beziehung aber führt dazu, die zunächst verwirklichte Strafbestimmung nicht zur Anwendung gelangen zu lassen, „weil das zwar notwendigerweise zu durch-

[1]) Leipz. Komm. Einl. VIII. S. 33.

[2]) Honig, S. 47: „Das den ... Subsidiaritätsfällen Gemeinsame ist ... darin zu erblicken, daß die Tatbestände der subsidiären Strafbestimmungen Vorbereitungshandlungen zu den in den primären Rechtssätzen enthaltenen Straftatbeständen beschreiben.“

laufende, aber weniger gefährliche Angriffsstadium als unbedeutenderes außer Betracht bleibt“[1]). Kann man auch diesem Ergebnis insofern zustimmen, als das Außerbetrachtbleiben wohl nichts anderes bedeuten soll als die Feststellung der Irrelevanz der Vortat, so ist doch ein anderer Weg hierzu einzuschlagen. Denn Subsidiarität liegt nicht vor, „wenn dasselbe Rechtsgut durch sie (!) in verschiedenen Angriffsstadien geschützt wird“[2]). Abgesehen davon, daß die Subsidiarität niemals das Mittel sein kann, einen gesetzgeberischen Zweck zu erfüllen, — sie selbst kann doch nie dem Schutz irgendeines Rechtsgutes dienen, — sondern daß sie immer nur eine Bezeichnung für eine bestimmt geartete Beziehung von Tatbeständen zueinander ist, wird doch im Falle der Subsidiarität nicht allgemein „dasselbe Rechtsgut“ geschützt. Denn der Straftatbestand des Versuches z. B. bezeichnet — in Verbindung mit seiner bei den einzelnen Vergehen besonders erwähnten Strafbarkeit — ganz generell den Anfang der Ausführung von Delikten als strafbar, ohne Rücksicht auf ein bestimmtes Rechtsgut, also wird an sich jedes Rechtsgut „in verschiedenen Angriffsstadien“ geschützt. Daß aber jeder Versuch eines Verbrechens oder eines mit der Klausel versehenen Vergehens in jedem Falle subsidiär gegenüber der Vollendung sei, behauptet Honig selbst nicht. Wiederum zeigt sich hier, daß mit der Feststellung einer für das Verhältnis der Tatbestände allein geltenden Beziehung den tatsächlichen Vorgängen nicht genügend Rechnung getragen ist, daß sie zwar zum Nachweis des Vorliegens einer straflosen Vortat (und auch Nachtat) mit herangezogen werden können, ja, daß die Subsidiarität hier besonders wichtig ist, daß damit allein aber noch keine eingehende Würdigung erfolgt. Daraus folgt für die nunmehr zu behandelnden Fälle: die Straflosigkeit des vorangegangenen Vorganges folgt aus der Mittel-Zweckbeziehung der „Taten“, außer wenn etwa der spätere Vorgang nur Annex gegenüber dem vorhergehenden, also irrelevant ist, sofern er also keine Haupttat darstellt.

Die Subsidiarität ist deshalb von besonderer Bedeutung für die Probleme der straflosen Vortat, weil die wesentlichen Merkmale dieses Gesetzesverhältnisses die meisten Aehnlichkeiten mit der straflosen Vortat aufweist. Der Satz: lex primaria derogat legi subsidariae beweist dieses zur Genüge, denn auch bei dem

[1]) Honig, S. 49.

[2]) So Honig a. a. O.

Verhältnis von Vor- und Haupttat handelt es sich um eine Derogation, ein Außerbetrachtbleiben, nämlich des ersten Vorgangs, sei es, daß „die Strafbarkeit des einen Angriffs vom Mangel des anderen abhängt", oder daß „das Subsidiaritätsverhältnis, ohne ausdrücklich hervorgehoben zu sein, in der logischen Beziehung der Gesetze zueinander begründet" ist[1]). Wie man auch immer diese gesetzliche Beziehung darstellen mag, immer scheidet der erste Vorgang für die Bewertung aus. Daß er auch infolge einer Bewertung irrelevant wird, ist allerdings bestritten. Dies hängt wieder mit der Frage der Handlungseinheit oder -mehrheit zusammen. Teils wird die Möglichkeit einer Handlungseinheit im Falle eines Subsidiaritätsverhältnisses überhaupt geleugnet, sie sei „überhaupt kein Fall von Gesetzeskonkurrenz", sondern gehöre zur Realkonkurrenz[2]), teils wird gerade entgegengesetzt behauptet, sie gehöre zur Idealkonkurrenz, soweit eine Handlung unter mehrere Gesetze fällt"[3]). Dann scheidet das nur aushilfsweise geltende Gesetz aus. „Die Verwertung des Ausdrucks bei der Realkonkurrenz kennzeichnet andere Fälle (straflose Vor- und Nachtat)". Soweit es sich hier darum handelt, den Subsidiaritätsbegriff für die straflose Vortat fruchtbar zu machen und sie beide in Verbindung miteinander zu bringen, kommt zwar nur die „Handlungsmehrheit als tatsächliche Voraussetzung" (Honig) in Betracht, andererseits aber behält auch der allgemein anerkannte Satz des Aushilfsweise-Geltens seine Bedeutung. Damit aber ist nur der innere Charakter der lex subsidiaria gekennzeichnet, nicht auch ihre Beziehung zur lex primaria. Diese läßt sich nur als das Verhältnis vom Mittel zum Zweck bezeichnen. Wenn nun aber Honig, dem insoweit zuzustimmen ist, hier hinzufügt, daß „wo in der Doktrin von einer Handlung die Rede ist, die als Mittel zur Begehung eines anderen Verbrechens vom Täter gedacht und vom Beurteiler aufzufassen ist, ... man es mit einer kraft ihrer Subsidiarität straflosen Vortat zu tun" habe, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Mittel-Zweckbestimmung und die Bewertung solcher Vorgänge keineswegs immer ein Subsidiaritätsverhältnis darstellt, sondern nur unter gewissen Umständen, nämlich bei Erfüllung nicht für sich allein stehender und allein aus sich heraus ein Delikt bildender Tatbestände, ferner daß dies aber nicht das Wesen der straflosen Vortat berührt, insbesondere nicht ihre

[1]) Frank 17. Aufl. S. 221/22.
[2]) Vgl. M. E. Mayer S. 512, auch Honig, S. 49.
[3]) Hippel II § 39.

Charakterisierung als „Durchgangsdelikt“ [1]). Die Mittelzweckbeziehung kennzeichnet nur eine bestimmte Eigenschaft, nicht aber den Grund ihrer Straflosigkeit, die Irrelevanz. Subsidiarität und straflose Vortat sind also nicht gleichzusetzen, sondern diese ist der umfassendere Begriff. Straflose Vortat bedeutet mehr als ein Gesetzesverhältnis, mehr als nur ein Konkurrenzverhältnis überhaupt, sie stellt einen besonderen Typus innerhalb der Gruppe dar, in der aus strafrechtlichen Gesichtspunkten gegenüber bestimmten menschlichen Verhalten von der Strafdrohung kein Gebrauch gemacht wird. Der als vortäterisches Verhalten zu bezeichnende Typus soll dem Täter nicht auch dann noch zur Last gelegt werden, wenn er wegen des Haupttypus schon hinreichend zur Verantwortung gezogen wird, weil das vortäterische Verhalten ja nur die Vor-Stufe zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit im besonderen Falle darstellt.

αα) Unter diesem Gesichtspunkt wird ganz allgemein das Stadium der Tat bezeichnet, das schon seiner Struktur nach dazu geschaffen ist, zu einer Haupttat zu führen, ohne daß es erst einer besonderen Bestimmung im Einzelfall bedurfte, nämlich jede Art von Vorbereitung im weitesten Sinne.

$\alpha\alpha_1$) Unter dieser Perspektive gelangt Hippel dazu, ganz allgemein straflose Vortat zu nennen „das Verhältnis selbständig strafbarer Vorbereitungs-, bzw. Versuchshandlungen gegenüber dem vollendeten Delikt. Kommt es hier zur Vollendung, so wird nur diese bestraft“ [2]). Letzteres ist allerdings nur die Schlußfolgerung auf Grund bestimmter Bewertung, und die Charakterisierung der straflosen Vortat ist nur unvollkommen, weil die Vorbereitungs- und Versuchshandlungen lediglich einen Ausschnitt aus dem ganzen Gebiet darstellen.

Ein Rechtssatz des Inhalts, daß der Versuch nicht bestraft wird, wenn das zunächst nur versuchte Delikt zur Vollendung kommt, existiert nicht. Und doch könnte man fast sagen, es bestehe ein solcher Rechtssatz, weil es eine rechtliche Selbstverständlichkeit ist, nur die Haupttat zu bestrafen. Diese aber ist die vollendete Tat, ihr gegenüber erscheint der einmal verwirklichte Versuch bzw. Versuchstatbestand als völlig irrelevant. Ja, es gibt zweifellos viele Fälle, in denen gar nicht von einem Versuch gesprochen werden kann, und dies nicht nur bei den

[1]) Honig, S. 64.

[2]) II § 39 S. 548. Hinsichtlich des Ergebnisses besteht allgemein Uebereinstimmung; vgl. statt aller Merkel a. a. O. S. 290.

von Natur aus einaktigen Delikten, sondern auch bei vielen anderen, bei denen das deliktische Verhalten nach natürlicher und juristischer Betrachtung nur als einheitliches zu bewerten ist. M. E. Mayer[1]) kommt allerdings infolge einer weiten Ausdehnung des Begriffes der Handlungseinheit zu der Annahme, der Versuch könne in derselben Handlung wie die Vollendung enthalten sein. Die Begründung hierfür könne dann aber nur auf Konsumtion gestützt werden. Das aber ist mit der straflosen Vortat nicht mehr vereinbar. Aus diesem Grunde ist es auch gleichgültig, ob „niemals das Gesetz über den Versuch eines Verbrechens mit dem Gesetz über die Vollendung „konkurriert[2]), oder ob dies doch möglich ist[3]), — sofern nur Handlungsmehrheit in Frage kommt, ist die unechte Realkonkurrenz das Nächstliegende. Das „Recht, diesen Tatbestand (des Versuches) zu bilden" (Lent), läßt sich jedenfalls dann nicht bestreiten, wenn Versuch und Vollendung auseinanderfallen. Sofern dann aber dieser Tatbestand gebildet wird und sich im Rahmen der Haupttat hält, d. h. also, sofern die Vollendung eine Fortführung des Versuches in der Richtung darstellt, wie sie der Täter von vornherein beabsichtigt hatte, also nicht in eine schwerere oder leichtere Form der Verwirklichung umschlägt, ist es ein ungeschriebener Rechtssatz mit allerdings nicht geringerer Kraft als eine ausdrücklich gesetzte Norm, daß eine solche Art der Begehung für die Strafe außer Betracht zu bleiben hat[4]). Voraussetzung ist allerdings das Vorliegen einer Tat, die als vollendete und als Haupttat gegenüber dem vorher verwirklichten Vorgang anzusehen ist. Honig folgert dies daraus, daß „das zwar notwendigerweise zu durchlaufende aber weniger gefährliche Angriffsstadium als unbedeutenderes außer Betracht bleibt"[5]). Der Versuch aber ist nicht immer ein Angriffsstadium, da er ja auch bei Fahrlässigkeitsdelikten möglich ist, sondern ganz allgemein eine zur Vollendung hinführende Form der Tatbestandsverwirklichung, — das „notwendig zu durchlaufende Stadium" aber nur bei tatsächlicher Handlungsmehrheit, und

---

[1]) S. 514.
[2]) Lent, S. 23.
[3]) Honig, S. 57.
[4]) Vgl. hierzu insbes. Beling, L. v. V. S. 385: „Erfolgt die Abschlußhandlung, so verliert sie ihren Versuchscharakter völlig; es ist nur ein kontinuierliches Ganzes da und nichts berechtigt dazu, den Anfang der Ausführung als solchen ins Auge zu fassen. Er hat seine Rolle als selbständige Handlung ausgespielt ...."
[5]) S. 49.

„weniger gefährlich“ als die Vollendung nicht immer, so z. B. nicht bei zunächst versuchtem schweren, dann in einfacher Form fortgesetzten Diebstahl. Auf diese Honig'sche Subsidiaritätsformel ist aber insbesondere seine Darstellung des Versuches zugeschnitten. Ihr kann nur insofern zugestimmt werden, als das subsidiäre Gesetz oder vielmehr der in einem Subsidiaritätsverhältnis befangene Vorgang als irrelevant außer Betracht bleibt, nur daß diese Eigenschaft eben nicht auf die Subsidiarität beschränkt, sondern ein Wesensmerkmal der straflosen Vortat überhaupt ist. Soweit es sich also um eine Art strafrechtlicher Betätigung handelt, die ihrer Struktur nach nur eine Vorstufe für die wirkliche Tatbestandsverwirklichung darstellt, büßt diese Vorstufenverwirklichung ihre Relevanz ein, wenn die Hauptstufe erreicht ist. Dann erst ist „kein rechtlich bedeutsamer Tatbestand des Versuchs“ (Lent) mehr vorhanden[1]).

$\beta\beta_1$) Das gleiche muß aber auch von der Form einer Deliktsverwirklichung gelten, die von der eigentlichen Begehung des ins Auge gefaßten Verbrechens oder Vorgehens noch weiter entfernt ist als der Versuch, nämlich die Vorbereitungshandlung. Auch sie stellt eine Vorstufe zur Haupttat dar, und ihr ist der gleiche Stempel der Irrelevanz im Falle der Erfüllung der Haupttat aufgedrückt wie dem Versuch. Hier kann von strafloser Vortat überhaupt nur die Rede sein, wo ein an sich strafrechtlich überhaupt normierter Tatbestand vorliegt. In diesem Falle ergibt sich ihr Ausscheiden aus der strafrichterlichen Beurteilung aus dem Fehlen der Tatbestandselemente, weil sie noch keinen „Anfang der Ausführung“ darstellt. Wo aber Vorbereitungshandlungen zu selbständigen Deliktstatbeständen erhoben sind, liegt schon an sich in Beziehung auf den abstrakten Haupttatbestand eine Vortat vor, die dann bei konkreter Verwirklichung des Haupttatbestandes zur straflosen wird. Der Grund hierfür liegt wie beim Versuch im Verhältnis zur vollständigen Tatbestandsverwirklichung in der derogatorischen Kraft der Haupttat, die zur Irrelevanz des nur eine Vorstufe darstellenden Vorgangs führt[2]). Insofern besteht aber ein Unterschied zum Versuchstatbestand, als die als Vorbereitungshandlungen bezeich-

[1]) Vgl. hierzu noch Wachenfeld, Theorie S. 85 und auch M. E. Mayer S. 514, der ebenfalls zu dem Ergebnis kommt, daß nur die Vollendung bestraft wird.

[2]) Vgl. Beling, L. v. V. S. 246: „Vorbereitungshandlungen .... entbehren selber jeder Typizität .... Und trotzdem sind sie juristisch nicht unbeachtlich: sie participieren mit am Typus der Ausführungshandlung.“

neten Vorgänge zweifellos immer mit der Haupttat zusammen eine Handlungsmehrheit bilden. Ja es liegt sogar im Wesen des Vorbereitungsdeliktes, selbst in sich schon eine Handlungsmehrheit zu verkörpern, man denke z. B. an die Vorbereitung zum Hochverrat, bei der doch wohl kaum anzunehmen ist, daß sie sich in einer einzigen Handlung erschöpft. Aber abgesehen hiervon kann sich zwischen Vorbereitungshandlung und eigentlicher Tatbestandsverwirklichung ja der Versuch dieser schieben, und so geht auch schon daraus hevor, daß die erste Voraussetzung der straflosen Vortat, die Handlungsmehrheit, bei Verwirklichung von an sich zunächst strafbarer Vorbereitungshandlung und ihr folgender Haupthandlung immer vorliegen wird, selbst wenn die Haupttat nicht besonders durch das Stadium des Versuches, jedenfalls eines noch nachträglich erkennbaren Versuches, hindurchgegangen sein sollte[1]). Daher macht es hierbei keine Schwierigkeiten zu erkennen, daß die zum selbständigen Delikt erhobene Vorbereitungshandlung im Falle der Verwirklichung der Haupttat eine straflose Vortat darstellt. Im Wesen der Vorbereitungshandlung aber liegt es, daß sie nicht von Natur aus selbständig, d. h. aus sich heraus verständlich ist, sondern sich an einen bestimmten strafrechtlichen Sachverhalt anlehnen muß und ohne ihn völlig in der Luft schweben würde. Dies hat sie mit dem Versuch gemeinsam, nur kann dieser sich an jedes Verbrechen und auch jedes Vergehen (mit Klausel) anlehnen, die Vorbereitungshandlung dagegen nur an das in ihr genannte. In beiden Fällen aber führt die Abhängigkeit zur Irrelevanz.

$\gamma\gamma_1$) Im Gegensatz hierzu steht der sogenannte qualifizierte Versuch. Wenn man sein Wesen dahin bestimmt, daß er eine besondere Art der Verwirklichung des ins Auge gefaßten Deliktes darstellt, nämlich eine unter erschwerenden Umständen — im Sinne des Gesetzes — verübte, so ist damit schon annähernd der Grund für seine besondere Behandlung gelegt. Der Versuch als eine zur Tat hinführende Form der Deliktsverwirklichung ist nämlich nur dann straflose Vortat, wenn die Verwirklichung eingetreten ist durch gleichartiges Weiterwirken der Versuchshandlung, d. h. also der Tatbestand des vollendeten Delikts muß bereits Bestandteil des versuchten geworden sein, der versuchte muß sich an ihn in dem bestimmten Falle bereits angelehnt haben. Ist aber diese Richtung nicht eingehalten, son-

[1]) Vgl. hierzu M. E. Mayer, S. 513, der wie alle anderen in diesen Fällen ein reines Subsidiaritätsverhältnis annimmt; vgl. ebenso Hippel II § 39 S. 548.

dern der Versuch eines Raubes z. B. in einen Mundraub übergeführt worden, dann erscheint der versuchte Vorfall nicht mehr als irrelevant; denn die „Hauptat" selbst ist gar keine solche, sondern im Verhältnis zu dem Versuch nur eine „Tat". Auf das, was der Täter wollte, kommt es hierbei nicht so sehr an, jedenfalls nicht, soweit dies den Charakter des zweiten Vorgangs betrifft. Denn „wird ein anderer Tatbestand als der versuchte vollendet, so bleibt trotzdem der Versuch als solcher bestehen, auch wenn der Erfolg der ursprünglich gefaßten Absicht entspricht" [1]). Der Grund hierfür liegt in der der Tatbestandsverwirklichung inne wohnenden Relevanz. Bei fehlender Identität des zunächst begonnenen mit dem vollendeten Delikt, und zwar einer Identität, die sich auch auf die besondere Ausführungsform des versuchten Delikts bezieht, ja sogar in diesem Falle eigentlich erst problematisch wird, behält der Versuchstatbestand seine rechtliche Bedeutung [2]). Was Honig für den versuchten schweren im Verhältnis zum vollendeten einfachen Diebstahl ausführt, hat allgemeine Gültigkeit für jeden Fall des sogen. qualifizierten Versuchs: „Die Individualisierungsmerkmale des vollendeten einfachen Diebstahls decken sich nicht mit denen des versuchten schweren, da zu letzterem die Verwirklichung eines oder mehrerer der gesetzlich geschlossenen Mittel gehört, während ein einfacher Diebstahl gerade dann vorliegt, wenn solche Mittel bei Begehung der Tat nicht in Frage kommen" [3]). Daß aber auch deshalb „aus dem gleichen Grunde" Subsidiarität oder vom anderen Standpunkt aus Irrelevanz des versuchten einfachen Diebstahls gegenüber dem durch eine zweite selbständige Handlung begangenen vollendeten schweren Diebstahls abzulehnen sei, dafür ist kein Grund einzusehen und dafür hat Honig auch keine überzeugenden Gründe beigebracht. Daß sich hier die „Individualisierungsmerkmale" nicht decken, ist nicht richtig; jeder zunächst versuchte schwere Diebstahl ist zwar rechtlich anders geartet als der einfache, insofern er sich infolge seiner Struktur normalerweise nicht mehr in einen einfachen Diebstahl fortsetzen kann, wohl aber trägt jeder einfache Diebstahl, bezw. dessen Versuch, die Möglichkeit in sich, sich in einen schweren Diebstahl, bezw. dessen Versuch fortsetzen zu können. Es läge ja gar kein Grund vor, einen solchen Versuch als „qualifiziert" zu bezeichnen, denn worin sollte seine Besonderheit, seine Qua-

[1]) Bär, S. 29.
[2]) Vgl. hierzu Köhler, Grenzlinien S. 70, insbes. aber RG 15, 283.
[3]) Honig, S. 62.

lifizierung bestehen? Qualifizierung bedeutet Ausnahmestellung gegenüber dem Grunddelikt, und diese liegt beim einfachen Diebstahlsversuch als einer zur Verwirklichung des Grunddelikts hinführenden Form nicht vor. Selbst wenn sich also die Richtung geändert haben mag, so ist doch noch zu beachten, ob der Versuchstatbestand als solcher als qualifiziert bezeichnet werden kann. Wenn dies nicht der Fall ist, untersteht er den für den Versuch im allgemeinen geltenden Regeln und kann daher straflose Vortat sein.

ββ) Ebenso wie das Verhältnis des einfachen Versuchs im Hinblick auf die in gleicher Richtung erfolgende Vollendung geklärt ist, soweit das Ergebnis des Vergleichs der beiden Vorgänge in Frage steht, besteht auch durchweg in Wissenschaft und Rechtsprechung Uebereinstimmung hinsichtlich der Bewertung einer Teilnahmeform im Verhältnis zur Täterschaft und zu einer anderen Teilnahmeform. Bestritten ist lediglich das Verhältnis, in dem die abstrakten Tatbestände der Teilnahme untereinander und der Teilnahme zur Täterschaft stehen, nämlich: Konsumtion oder Subsidiarität? In Beziehung mit der straflosen Vortat wird dieser Fragenkreis lediglich von Honig behandelt, der sich für Konsumtion entscheidet[1]).

Wesentlich aber ist nur das Vorliegen einer Vortat, und diese läßt sich ja schon auf Grund einer Wortinterpretation der „Teilnahmetätigkeit" nachweisen, die dann als straflose zu bezeichnen ist, wenn sich derselbe Täter später entweder mit an der Ausführung der Vollendung oder an einer anderen erheblicheren Form der „Teilnahmetätigkeit" beteiligt, weil die erstere dann ihre rechtliche Relevanz verliert. Wenn z. B. jemand einen anderen zur Begehung eines Deliktes anstiftet und sich dann selbst auf Grund eines neuen Entschlusses oder sei es selbst in Verfolg des ursprünglich, schon vor der Anstiftung gefaßten Planes an der Ausführung als Mittäter beteiligt, so geht schon aus diesem Sachverhalt hervor, daß hier eine Vortat besteht, die ihre selbständige Bedeutung bei der strafrechtlichen Bewertung einbüßen muß. Der Unterschied zum Versuchstatbestand liegt darin, daß das Vorliegen der Vortat nicht erst auseinanderentwickelt zu werden braucht, sondern sich immer schon aus dem reinen Sachverhalt ergibt. Infolge des über das Verhältnis von Vor- und Haupttat und über den Unterschied in der Behandlung von vollendeter Tatbestandsverwirklichung im Verhältnis zu den

[1]) S. 73 ff. u. S. 115.

Formen, die dazu hinführen, Gesagten bedarf die Irrelevanz der Teilnahmetätigkeit im Verhältnis zur Täterschaft keiner weiteren Begründung. Sei es, daß man sagt: „die physische Urheberschaft" gehe der „intellektuellen Urheberschaft" vor[1]), oder „die Verletzung des unter dem umfassenderen Gesichtspunkt..... aufgestellten Verbots läßt die Verletzung des weniger umfassenden Verbots als weniger bedeutend und daher strafrechtlich unbeachtlich erscheinen"[2]), immer muß man sich darüber klar sein, daß hier ein zunächst — für sich allein betrachtet — strafrechtlich relevanter Vorgang vorliegt, der nur wegen Verwirklichung einer Haupttat seine Relevanz verliert. Auch hier besteht ein „Wertverhältnis", das sich schon „durch die Art der Strafdrohung" zu erkennen gibt[3]), und daher gilt für das Verhältnis von Beihilfe zur Täterschaft dasselbe wie für die Anstiftung in dieser Beziehung. Dieser Fall ist aber nicht so praktisch, weil sich die Beihilfe ja auf die Ausführung der zu vollendenden Tat selbst bezieht und in deren Verlauf erfolgt, sodaß also der „Helfer" in der Regel entweder von vornherein als Mittäter anzusehen ist oder dauernd Gehilfe bleibt. „Ebenso muß aber auch angenommen werden, daß die physische sowohl wie die intellektuelle Urheberschaft, d. h. die Täterschaft und Anstiftung, den Vorrang hat vor der physischen und intellektuellen Unterstützung, der Beihilfe"[4]). Denn dann ist die Anstiftungstätigkeit Haupttat, zwar nicht als eine an die Vollendung selbst näher heranführende Form der Deliktsverwirklichung, sondern als eine ihrem Wesen gemäßere, mit ihr übereinstimmende, insofern sie beide unter den Begriff der „Urheberschaft" fallen. Demgegenüber bleibt dann die Beihilfehandlung, falls sie vorher vom selben Täter, d. h. also hier Anstifter, begangen wurde, straflos. Dieser Schluß erscheint auch darum gerechtfertigt, weil das Gesetz selbst durch die verschiedene Behandlung von Anstiftung und Beihilfe deren geringere Bedeutung zum Ausdruck bringt.

Weiterhin folgt daraus, daß auch in dem Falle, wo der Haupttäter einen anderen zur Beihilfe an seiner eigenen — des Haupttäters — Tat anstiftet, diese Tätigkeit irrelevant wird, wenn er die Tat vollendet. Denn ob er einen anderen zur Teilnahme an der Ausführung selbst anstiftet oder nur zur Teilnahme

[1]) Bär. S. 149.
[2]) Honig 73/74; vgl. auch über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme Merkel a. a. O. S. 149.
[3]) Mezger, § 69 S. 475.
[4]) Bär, S. 38.

an einer Teilnahmehandlung, kann doch jedenfalls dann keinen Unterschied begründen, wenn er selbst die schwerere Schuld der Täterschaft auf sich geladen hat.

Allen diesen Fällen ist gemeinsam die Eigenschaft einer vor der Vollendung liegenden, zu ihr hinführenden Form einer Beteiligung an einer strafbaren Handlung, jedenfalls soweit man die Vortat ins Auge faßt. In diesen Rahmen paßt nun scheinbar § 139 StGB nicht hinein, weder seinem Wortlaut noch seiner ganzen Stellung im System des StGB nach. Denn er bildet einen vollkommen abgeschlossenen, für sich allein stehenden Tatbestand, der nicht erst dann in Erscheinung tritt, wenn ein anderer Tatbestand, der aus sich heraus verständlich, sozusagen ein Einzeldasein führendes Delikt darstellt, erfüllt ist. Ja, aus ihm ist sogar das Gegenteil einer positiven Deliktsbegehung durch eine bestimmte Tätigkeit zu folgern; denn er ist nur dann erfüllt, bezw. nur dann von Bedeutung, wenn der Haupttatbestand, der Mord z. B., nicht von dem, der das Vorhaben nicht angezeigt hat, erfüllt worden ist[1]). Dies aber ist für das Wesen der in § 139 normierten Tätigkeit von besonderer Bedeutung. Denn damit lehnt er sich an eine nur gedachte, in Wirklichkeit aber nicht bestehende Vollendung eines Deliktes an, ist also begrifflich auch von diesem Delikt abhängig. Von diesem Standpunkt aus kann man ihn als „verselbständigte negative Beihilfe (im weitesten Sinne)“[2]) bezeichnen. Bär kommt zu demselben Ergebnis auf Grund der Annahme, „wer einen Mordplan nicht anzeigt, wird regelmäßig die Begehung billigen“. Darin liege „eine negative Unterstützung, die der Haupttäter durch die unterlassene Anzeige bekommt“[3]). Wie man auch zu dieser Entscheidung kommen mag, wesentlich ist, daß bei einer derartigen Charakterisierung des Deliktes die für das Verhältnis der Teilnahme zur Täterschaft geltenden Grundsätze Anwendung zu finden haben. Wenn also Handlungsmehrheit vorliegt, und das ist so möglich, daß der Nichtanzeigende später die Ausführung des Verbrechens als Mit- oder Alleintäter übernimmt, dann wird die strafbare Unterlassung straflose Vortat. Hierbei zeigt sich, daß die strafrechtlichen Tatbestände einer eingehenden Analyse bedürfen. Wenn diese nämlich ergibt, daß ein Delikt in sich einen Begriff enthält, der an sich zu allen andern

[1]) Daher nehmen Lent S. 31; Binding, Hdb. § 36 S. 358; Bär S. 41 Subsidiarität an — a. A. Honig S. 40.
[2]) Honig, S. 40.
[3]) Bär S. 41.

Delikten jedenfalls aber zu Verbrechen und Vergehen, hinzutreten kann und sogar seiner Natur nach dazu bestimmt ist, dann ist im konkreten Falle die Verwandlung dieses an sich strafbaren Tatbestandes in eine straflose Vortat möglich.

γγ) Neben diesen an sich relevanten Vorstufen vor einer vollkommenen Deliktsverwirklichung sind ferner solche Tatbestände zu beachten, die zwar auch an sich relevant sind, die aber den Stempel der Unselbständigkeit und demzufolge den der Irrelevanz an der Stirn tragen, bezw. denen dieser Stempel durch die Fassung des Gesetzes von vornherein aufgedrückt ist. Sie sind gewöhnlich mit einer sog. „Subsidiaritätsklausel" versehen[1]), aus der hervorgeht, daß sie sich selbst schon als nicht für die Beurteilung des Verhaltens in Betracht kommend bezeichnen. Nur „soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht", d. h. also, soweit nicht ein anderer Straftatbestand die Vorgänge besser zu umfassen und zu würdigen vermag, wollen sie Anwendung finden. Man könnte hier fast sagen, sie legen sich selbst ihre Eigenschaft als straflose Vortaten bei. Jedenfalls — dies zum Unterschied zu allen andern Fällen — bedarf es bei ihnen keiner besonderen Würdigung des Gesamtverhaltens des Täters, weil schon aus dogmatischen Gesichtspunkten allein ihre Irrelevanz folgt. Hauptbeispiel hierfür ist § 49 a[2]). Er zeigt noch insofern eine Besonderheit, als er sich in seiner Struktur stark an den Begriff der Anstiftung anlehnt, und es daher sogar möglich wäre, seine konkrete Verwirklichung aus den unter $\beta\beta_1$ genannten Gesichtspunkten unter die straflose Vortat einzureihen. Dies ist aber nicht nötig, weil seine fehlende Relevanz bereits aus seinem Wortlaut folgt. Dann aber bilden diese Fälle am reinsten und deutlichsten die Erscheinungsform der straflosen Vortat, weil hier ihre Voraussetzungen: Handlungsmehrheit und Haupttat, schon aus dem Gesetz selbst zu entnehmen sind.

C.

I. Weist schon in der Rechtslehre die Behandlung der straflosen Vortat darauf hin, daß hier strafrechtliches Neuland vorliegt, so überzeugt ein Blick in die Rechtsprechung des höchsten deutschen Gerichtshofs von der Richtigkeit dieser Tatsache. Zwar sind die Begriffe Subsidiarität, Konsumtion und Spezialität — nicht die Alternativität — den Gerichten durchaus geläufig, ja

[1]) Vgl. hierzu Finger, Allg. T. § 74 S. 378.
[2]) Vgl. hierzu insbes. die Ausführungen von Honig S. 42 ff.

sie werden so ständig gebraucht, daß ihre Anwendung scheinbar den Begriff der straflosen Vortat überflüssig macht; und in der Tat wird er durch sie auch völlig verdrängt, ohne daß dadurch die Entscheidung an innerem Gehalt gewänne. Denn hier -- wie schon öfter — muß betont werden, daß mit den Begriffen der Konsumtion usw. nichts über den Inhalt des Wertungsverhältnisses zweier oder mehrerer Vorgänge ausgesagt wird, daß sie lediglich das abstrakte Verhältnis von Paragraphen zueinander zu klären, infolge der übertrieben großen Bedeutung, die ihnen aber beigemessen wird, dazu geeignet sind, den wahren Sachverhalt nicht deutlich genug hervortreten zu lassen. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Einordnung von Lebensvorgängen, die in strafrechtlicher Beziehung als konkurrierende zu betrachten sind, unter die drei Begriffe Konsumtion, Subsidiarität und Spezialität zu einer Schematisierung führt, dergestalt, daß die Konstatierung eines solchen Verhältnisses die schon a priori vorhandene Ansicht des Ausschlusses des einen Vorganges zum Bewußtsein bringt, obwohl in Wahrheit damit noch nichts für seinen Ausschluß bewiesen ist, sondern lediglich für das Verhältnis der Gesetzesparagraphen zueinander.

1. Eine solche Schematisierung weisen insbesondere die Entscheidungen des RG auf, und das ist umso auffallender, als das RG dem Begriff der straflosen Nachtat zur restlosen Anerkennung verholfen hat, die so groß ist, daß er jetzt von den Gerichten angewendet wird, als ob er gesetzlich fixiert wäre.

a) Besonders deutlich wird die Methode des RG bei der Behandlung des Hausfriedensbruchs im Verhältnis zum schweren, d. h. Einsteigediebstahl. In der hierfür grundlegenden Entscheidung 40, 430 behandelt das RG den Hausfriedensbruch als Mittel zum Einsteigediebstahl und folgert daraus, daß zwar „im allgemeinen ein Verbrechen oder Vergehen seinen selbständigen Deliktscharakter dadurch noch nicht verliert, daß es vom Täter nicht für sich allein, sondern nur als Weg und Mittel für eine weitere Straftat gewollt ist. Es verschmilzt aber im Falle seiner Durchführung mit der letzteren derart zu einer Einheit und geht in ihr auf, wenn es zu deren gesetzlichen Merkmalen gehört und seine Verübung bei Vornahme derselben dem regelmäßigen Verlauf der Dinge entspricht“ [1]). Gewiß ist dem RG insofern zuzustimmen, auch darin, daß das zu den gesetzlichen Merkmalen der anderen Tat gehörende Mittel bei regelmäßigem Ablauf

[1]) RG 40, 430; anders aber noch RG 11, 160.

gegenüber der Haupttat nicht mehr in Betracht kommt. Daß es in ihr „aufgeht", ist aber eine nicht richtige Ausdrucksweise, wohl aber typisch. Nicht richtig insofern, als das „Aufgehen des einen Tatbestandes" im andern noch nicht dasselbe ist wie die Irrelevanz des einen Vorgangs gegenüber dem andern. Diese aber etwa mit „Verschmelzen zu einer Einheit" zu bezeichnen, ist irreführend, denn dadurch wird der Anschein erweckt, als handele es sich um einen einzigen Vorgang, während in Wirklichkeit Handlungsmehrheit vorliegt. Typisch aber ist diese Ausdrucksweise durch ihr Hinneigen zu dem Begriff der Gesetzeskonkurrenz, zu der das RG dann auch im Verlauf der Entscheidung kommt, und so die Zurückführung auf das Konsumtionsverhältnis von § 123, I zum Einsteigediebstahl. Aber auch da, wo die Verübung der ersten Handlung nicht „dem regelmäßigen Verlauf der Dinge entspricht", Handlungsmehrheit vorliegt und diese mehreren Handlungen nicht einander ungleichwertige Rechtsgüter verletzen, spricht das RG lediglich von Gesetzeskonkurrenz, wie z. B. beim Zusammentreffen von Diebstahl und schweren Hausfriedensbruch [1]). Immer also ist lediglich von dem Verhältnis der Gesetze zueinander die Rede, niemals von dem Begriff der straflosen Vortat und seinen Möglichkeiten, obwohl die als schwerer Hausfriedensbruch qualifizierten Handlungen als „rechtlich nur Vorbereitungshandlungen" bezeichnet sind.

Auch in einer späteren Entscheidung [2]) ist nur von Gesetzeseinheit (Gesetzeskonkurrenz) — die Klammer findet sich so im Urteil — die Rede, weil „das Einschleichen auf das befriedete Besitztum .... zur Nachtzeit in diebischer Absicht .... zu den gesetzlichen Merkmalen des .... Verbrechens gegen § 243 I Nr. 7" gehört. Wie aber würde die Entscheidung dann lauten, wenn das Einsteigen oder Einschleichen nicht zu den gesetzlichen Merkmalen der Ziff. 2 und 7 des § 243 I gehörte? Wollte man dann wirklich lediglich aus dem Grunde der fehlenden Uebereinstimmung im Tatbestande der Delikte das Mitteldelikt — den Hausfriedensbruch — als selbständiges bestrafen und § 74 anwenden? Schon die Frage allein zeigt die Konsequenzen, die aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung folgen, und die ausbleiben, wenn man sich entschließt, den vom RG wegen Gesetzeskonkurrenz oder Gesetzeseinheit ausgeschiedenen Vorgang als straflose Vortat zu bezeichnen. Denn sowohl Handlungsmehrheit wie Haupttat sind gegeben.

[1]) RG 47, 27.
[2]) RG 53, 279.

Das Gleiche muß aber auch für das Verhältnis von Sachbeschädigung und Einbruchsdiebstahl (§ 243 I Ziff. 2) gelten. Auch hier wird die Sachbeschädigung ausgeschieden, der bisherigen Rechtsprechung entsprechend, weil sie zu den gesetzlichen Merkmalen des Einbruchdiebstahls gehöre und so vom Gesetzgeber regelmäßig im Tatbestande des Diebstahls mittels Einbruchs als gegeben vorausgesetzt werde, und weil ihre Vornahme dem „regelmäßigen Verlauf der Dinge" entspreche. Das Verhältnis des § 303 zu § 243 I Ziff. 2 ist allerdings bestritten, weil sich ja Fälle denken lassen, in denen ein Einbruchsdiebstahl ohne gleichzeitige oder vorangehende Sachbeschädigung verübt wird. Die Begründung für das Gesetzeskonkurrenzverhältnis liegt dann lediglich in der Regelmäßigkeit des Mittels, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß dies eine nur sehr schwache Stütze der Konstruktion ist. Den Schwierigkeiten, die sich also bei der Behandlung der Sachbeschädigung im Verhältnis zum Einbruchsdiebstahl ergeben, wird man enthoben, wenn man die einfache Sachbeschädigung als Vortat bezeichnet, die straflos bleiben muß, wenn das mit ihr als Mittel verfolgte Zweckdelikt — der Einbruchsdiebstahl — erreicht worden ist.

Als ein weiteres Beispiel eines Falles, in dem es eines Eingehens auf den Begriff der straflosen Vortat zwar nicht unbedingt bedurft, wohl aber eher zur Klärung mit beigetragen hätte, sei die Entscheidung in RG 7, 61 erwähnt. Es handelt sich dabei um einen Vorgang, in welchem nach Ansicht des Reichsgerichts „diejenige Tätigkeit des Angeklagten, welche den Tatbestand des Vergehens des Hausfriedensbruchs bildet, und diejenige, durch welche die Nötigung begangen wurde, zeitlich auseinanderliegen". Mit aller Schärfe wendet sich das RG dagegen, etwa „beiden Taten .... den Charakter einer durch ein und dieselbe Handlung verübten Rechtsverletzung" beizulegen, weil der Täter „bei Begehung des Hausfriedensbruches auch schon die Nötigung in seinen Willen aufgenommen hatte und erstere zum Zwecke der letzteren verübte..... Es kann nicht bloß von der subjektiven Willkür des Handelnden abhängen, mehrere, wenn auch in einem gewissen Zusammenhang stehende, immerhin sukzessive sich vollziehende Rechtsverletzungen in eine zusammenzufassen". So richtig die Abgrenzung gegenüber der Idealkonkurrenz auch ist, so fehlt doch die Abgrenzung gegenüber der Realkonkurrenz, die das RG dann anscheinend als selbstverständlich vorhanden ansieht, sofern nur tateinheitliches Zusammentreffen abgelehnt ist. Auf Realkonkurrenz weisen die „sukzes-

sive sich vollziehenden Rechtsverletzungen". Sind sie es aber auch wirklich bei wertender Betrachtung? Dieser „gewisse Zuzusammenhang" spricht doch sehr dafür, die Nötigung als die Haupttat anzusehen, der gegenüber der Hausfriedensbruch als untergeordnet, lediglich als Mittel zum Zweck erscheint. Keineswegs sollen damit die verschieden zu qualifizierenden Handlungen als einheitliche aufgefaßt und in eine zusammengezogen werden, im Gegenteil, die Handlungsmehrheit ist ja gerade Voraussetzung für die straflose Vortat, aber deren Vorliegen ergibt sich aus der Relevanz und Bedeutung der Haupttat, der gegenüber das Mitteldelikt irrelevant wird.

In ständiger Rechtsprechung hat das Reichsgericht bezüglich des Verhältnisses von Teilnahme und Täterschaft und von verschiedenen Teilnahmeformen zueinander den Satz ausgesprochen: Die leichtere Teilnahmeform kommt neben der schwereren und irgendeine Beteiligungsform gegenüber der Täterschaft (oder Mittäterschaft) nicht mehr in Betracht[1]). Begründet wird dies vor allem mit der Subsidiarität der Strafdrohungen[2]), also im Grunde auch wieder mit Gesetzeskonkurrenz, da ja die Subsidiarität deren Unterfall ist. Das allein kann aber hier nicht entscheidend sein. Wer einen anderen zu einem Verbrechen oder Vergehen anstiftet und dann selbst an der Ausführung als (Mit-)Täter „teilnimmt", hat dem gesetzlichen Wortlaut nach sich sowohl gegen das Gesetz, das den strafbaren Ausführungstatbestand wie auch das, das die Anstiftungstätigkeit normiert, vergangen. Es liegen auch mehrere Handlungen vor, und doch kann, wie ja allgemein anerkannt, der Sachverhalt nicht nach § 74 beurteilt werden, sondern es entspricht dem Sinn und Zweck des Gesetzes, die Anstiftungstätigkeit für die Strafbemessung auszuscheiden. Was aber ist sie dann anderes als eine straflose Vortat? Gerade hier hätte sich die Rechtsprechung leicht zu diesem Begriff durchringen können.

Soweit wirklich die eine Handlung v o r der andern erfolgt ist und die leichtere Teilnahmeform darstellt, muß gleiches für ihr Verhältnis zu einer andern Teilnahmeform gelten, ohne daß man die gezwungene Konstruktion des RG der mittelbaren Teilnahme zu Hilfe zu nehmen braucht.

b) Näher noch als bei den Fällen, die das RG als unter die Gesetzeskonkurrenz fallend bezeichnet, liegt es, den Begriff

[1]) Vgl. die Uebersicht über die Entwicklung der Rechtsprechung des RG zu dieser Frage bei Honig S. 74 ff.
[2]) RG 33. 401.

der straflosen Vortat da zu verwenden, wo er einer bisher üblichen Ausdrucksweise ähnelt, nämlich bei der straflosen Vorbereitungshandlung. Grundsätzliches hierüber findet sich in RG 55, 128/29[1]), ein Nebengesetz betreffend: „Stehen zwei .... denselben strafrechtlichen Stoff betreffende Bestimmungen derart in Beziehung zueinander, daß die von der einen bedrohte Tat als Vorbereitung der von der andern verbotenen erscheint, so wird bei Verwirklichung beider Tatbestände der durch die Vorbereitungshandlung entstandene staatliche Strafanspruch aufgezehrt...". Wenn das RG hierfür anführt, die Strafdrohung schon gegen die bloße Vorbereitungshandlung könne nur „dahin verstanden werden, daß sie nur hilfsweise Anwendung finden, ihre selbständige Bedeutung dagegen verlieren soll, soweit und sobald bei einem Teilnehmer der Verabredung die Strafbarkeit des Verabredens zusammentrifft mit seiner Strafbarkeit als Täter oder Teilnehmer der infolge der Verabredung ausgeführten Tat"[2]), so liegt der Grund für die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlung nicht im Wortlaut der Tatbestände, sondern in der Irrelevanz des vorhergehenden Vorgangs im Verhältnis zu dem ihm folgenden, der die Haupttat darstellt. Die Charakterisierung solcher „Vorbereitungshandlungen" als straflose Vortaten kennzeichnet ihr Wesen besser als der farblose Ausdruck „Vorbereitungshandlung", da in ihm die Irrelevanz nicht deutlich genug zum Ausdruck kommt.

2. Die Einreihung der straflosen Vortat in die unechte Realkonkurrenz muß für die praktische Anwendung selbstverständlich die Folge haben, sie von den Konkurrenzfällen abzugrenzen, die verschiedenartiger Deutung fähig sind. Im folgenden seien hierfür einige Beispiele angeführt, wobei Wegweiser wiederum die Entscheidungen des RG sein mögen.

Das RG hat in einer älteren Entscheidung[3]) gegenüber dem „in der Doktrin aufgestellten Satz, daß die Einheit der Absicht allein entscheide, ob und wie viele Momente einer menschlichen Tätigkeit als eine Handlung betrachtet oder in eine Mehrheit strafbarer Handlungen zerlegt werden dürfen", sich dahin geäußert, daß es nicht „ohne Rücksicht auf die objektiven Momente lediglich von der subjektiven Willkür des Handelnden abhängen" dürfe, „eine Mehrheit von Delikten zu einem Delikt

[1]) Vgl. auch RG 55. 14.

[2]) RG 59. 376 für den damals noch geltenden § 49 b des StGB.

[3]) RG 4. 190.

zusammenzufassen ... Denn nicht der Handelnde, sondern das Recht bestimmt, was als eine Rechtsverletzung zu betrachten sei ....". Unter Recht darf nun aber nicht nur die Summe der gesetzlich fixierten Normen verstanden werden, Recht ist der über dem Gesetz stehende Sinn, der geradezu gebietet, die Anwendung der Normen und Strafdrohungen nicht nach dem Buchstaben, sondern nach dem inneren Wert der Tatbestände vorzunehmen. Wenn also auch Idealkonkurrenz und (echte) Realkonkurrenz gesetzlich fixiert und anerkannt sind, so kann das doch nicht den Ausschluß jeder andern Art von Konkurrenz bedeuten. Die sog. Gesetzeskonkurrenz ist anerkannt, obwohl sie nicht normiert ist, — das System des heutigen Strafrechts ist ohne sie gar nicht mehr denkbar, — sollte also nicht gleiches auch von der unechten Realkonkurrenz gelten können? Die fehlende gesetzliche Regelung kann dem nicht im Wege stehen.

a) α) Während im allgemeinen die unechte Realkonkurrenz und mit ihr die straflose Vortat von der echten Realkonkurrenz abzugrenzen ist, hat das RG in einer bekannten Entscheidung (13, 403) eine einheitliche Handlung angenommen, obwohl hier die Ablehnung zweier selbständiger Handlungen nicht unbedingt zur Idealkonkurrenz führen mußte. Der Fall liegt so, daß die Eigentümer eines Kahnes denjenigen, der ihn als Pfand zurückhalten will, durch Gewaltanwendung dazu veranlassen, ihn loszulassen, sodaß sie die Sache wieder in ihren Besitz bekommen. Dazu erklärt das RG: „Nach dem für erwiesen erachteten Sachverhalt fiel die Handlung des Schlages mit dem Stück Holz und die Handlung der Wegnahme des Kahnes nicht nur örtlich und zeitlich zusammen, sondern beide Tätigkeiten charakterisieren sich auch nur als eine selbständige Handlung. Denn die Tätigkeit, durch welche die Angeklagte bei der Wegnahme des Kahnes mitwirkte, war der Schlag, durch welchen C genötigt wurde, den Kahn loszulassen. Der Schlag ist lediglich das Mittel zur Wegnahme gewesen"[1]). So sehr dem RG auch darin beizupflichten ist, daß man hier nicht zwei selbständige Handlungen annehmen kann, so ist doch die Konstruktion eines sowohl örtlich wie zeitlich zusammenfallenden Aktes von Schlag und Wegnahme sehr gewagt. Zunächst einmal liegt keine „Wegnahme" vor, denn C hat den Kahn losgelassen in dem Bewußtsein, daß er damit den Gewahrsam aufgebe und die Täter ihn begründen würden. Dann erst haben diese ihn an sich genom-

[1]) RG 13. 403.

men. Erst von diesem Gesichtspunkt aus kann man sagen: „Die Wegnahme mit Gewalt enthält aller Elemente des Tatbestandes der Nötigung im Sinne des § 240“ [1]). Dann aber ging der Schlag, wie auch nach der Darstellung des RG, der Nötigungshandlung nicht voraus, sondern fiel mit ihr in eins zusammen, wohl aber gingen beide der „Wegnahme“ voraus, d. h. dem Tatbestand des § 289, und sie lassen sich nicht mit ihm in eine Handlung zusammenfassen. Da aber andererseits — auch nach Ansicht des RG — unmöglich zwei selbständige — nach § 74 strafbare Handlungen angenommen werden können, hätte hier die Entscheidung auf unechte Realkonkurrenz lauten müssen. Allerdings verliert nicht die erste Handlung ihre strafrechtliche Relevanz, denn die Nötigung zum Loslassen erscheint als das wesentliche Moment des täterischen Verhaltens, sodaß aus diesem Grunde keine straflose Vortat vorliegt. Der Fall ist aber insofern von grundsätzlicher Bedeutung, als er zeigt, daß sich wirklich getrennte Handlungen nicht willkürlich zu einer Einheit zusammenfassen lassen, sondern es besser ist, die Handlungsmehrheit nicht zu verwischen und auf die rechtliche Wertigkeit der Taten abzustellen. Dies ist auch von besonderer Bedeutung bei verschiedenen Fällen des Hausfriedensbruchs, der in gewissem Sinne von Natur aus den Charakter der Irrelevanz oder jedenfalls einer geringeren Wertigkeit hat, sozusagen den eines zusätzlichen Deliktes. So ist es z. B. in dem Falle, wo der Täter in der Absicht, den Beischlaf mit einer fremden Frau zu vollziehen und sie in den Glauben zu versetzen, es sei ihr eigener Mann, sich in die Wohnung einschleicht. Auch hier wieder wendet sich das RG [2]) gegen die Annahme tateinheitlichen Zusammentreffens von Hausfriedensbruch und Sittlichkeitsdelikt bzw. dessen Versuch mit der später gewissermaßen als Formel verwendeten Begründung [3]), daß „Handlungseinheit ... nicht schon dadurch hergestellt (werde), daß eine Tätigkeit sich an die andere anschließt, sei es auch unmittelbar und dergestalt, daß die erstere planmäßig zu dem Zwecke vorgenommen wurde, um im Anschluß daran die folgende ausführen zu können. Selbst die Gleichzeitigkeit der Verletzung zweier Strafgesetze bedingt nicht ohne weiteres die Handlungsidentität und schließt die Selbständigkeit der sie hervorbringenden Akte der Willensbetätigung nicht aus. Vielmehr ist erforderlich, daß die Willensbetätigungsakte, durch welche

[1]) RG a. a. O. 404.
[2]) RG 32, 138 ff.
[3]) Vgl. hierüber auch Honig, Studien, S. 8 ff.

der Tatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teil dergestalt zusammenfallen, daß mindestens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Tatbestandes beider Delikte mitwirkt". Und wenn es dann weiter fortfährt: „Jedenfalls verwirklicht weder das Eindringen noch das Verweilen auch nur den geringsten Teil des Tatbestandes des Sittlichkeitsverbrechens" [1]), so ist die Ablehnung der Idealkonkurrenz nur folgerichtig, nicht ohne weiteres aber damit Realkonkurrenz, und zwar echte Realkonkurrenz, gegeben. Die Haupttat, der rechtlich erhebliche Vorgang, ist doch zweifellos das Sittlichkeitsverbrechen bzw. dessen Versuch. In der Abwägung der verletzten Rechtsgüter steht das unter den XIII. Abschnitt des StGB fallende weit über dem des Hausfriedens. Zwar ist eine Verletzung der öffentlichen Ordnung nicht durchweg geringer zu beurteilen als ein Angriff oder eine Verletzung der Geschlechtsehre oder der Reinheit des Geschlechtslebens, aber eine Verletzung des § 123 StGB wiegt doch wesentlich milder als die — versuchte oder vollendete — Erschleichung des Beischlafs. Hinzu kommt hier noch, daß die Begehung dieses Verbrechens ja gar nicht anders möglich war als durch Verübung eines Hausfriedensbruchs, da der Täter sich doch nur im Schlafzimmer der Frau als ihr Mann ausgeben konnte. Um aber dahin zu kommen, mußte er in die Wohnung gelangen. Gewiß kann „der Ansicht nicht beigetreten werden, daß die Straftaten, welche der in ein Haus widerrechtlich Eingedrungene während seines widerrechtlichen Verweilens darin begeht, prinzipiell und unterschiedslos zum .... Hausfriedensbruch im Verhältnis der Idealkonkurrenz stünden" [2]), sie sind sogar in Realkonkurrenz begangen, nur ist diese keine echte, sondern hier eine unechte, weil die erste Handlung durchaus unselbständigen Charakter hat, zwar ein anderes Rechtsgut verletzt als die zweite Handlung, aber begangen werden mußte, wollte der Täter zum Ziele gelangen. Nur das spätere täterische Geschehen stellt die Haupttat dar. Sollte man etwa um deswillen die Relevanz der Vortat bejahen, weil der Tatbestand des Hausfriedensbruches weder wörtlich noch sinngemäß — wie etwa in § 243 Nr. 2 oder 7 — im Tatbestande irgend eines Sittlichkeitsdeliktes vorkommt? Bildet er hier nicht auch ohne diese Bezeichnung das „notwendige Mittel"?

---

[1]) RG a. a. O. S. 140.

[2]) RG 32, 140.

Hierbei ist aber festzustellen, daß das Verhältnis des Mittels zum Zweck allein nicht ausschlaggebend sein kann, weil es zur Begründung des Vorliegens einer straflosen Vortat auch noch auf die Wertigkeit der verletzten Rechtsgüter ankommt. Dies zeigt sich besonders deutlich an dem Fall eines beabsichtigten Mundraubes, zu welchem Zwecke der Täter in eine verschlossene Behausung eingedrungen ist. Hierin liegen nach RG [1]) alle Elemente des strafbaren Hausfriedensbruchs, so daß das RG zur Annahme von Realkonkurrenz kommt. Hier ist der erste Vorgang als rechtlich selbständig aufzufassen. Mag auch der Fall so liegen, daß der Täter sich die Nahrungsmittel gar nicht anders verschaffen konnte als durch Eindringen in das befriedete Besitztum — insofern also kein Unterschied bestehen zu dem oben behandelten Fall des Sittlichkeitsdeliktes nach Eindringen in die Wohnung —, so kann doch hier das Verhältnis des Mittels zum Zweck, in dem hier die Tatbestände der §§ 123 und 370 Nr. 5 StGB stehen, die Strafbarkeit des Gesamtvorganges nicht maßgebend beeinflussen. Mag man auch in anderen Fällen die Selbständigkeit des Hausfriedensbruches verneinen wegen seines „zusätzlichen" Charakters, so kann doch der Begriff der Selbständigkeit nicht abstrakt ein für allemal festgelegt werden, sondern er ist eine variable Größe und hat sich nach der Gestaltung des einzelnen Falles und nach den in Betracht kommenden Gesetzen zu richten. Bei dem Verhältnis von § 123 und § 370 Nr. 5 ist das Rechtsgut der Haussicherheit bzw. des Hausfriedens mindestens gleichwertig dem des Schutzes fremder Nahrungsmittel und hauswirtschaftlicher Verbrauchsgegenstände. Das Gesetz hat in § 370 Nr. 5 durch die Einordnung dieses Tatbestandes in die Uebertretungsdelikte zu erkennen gegeben, daß diese Rechtsverletzung nur als geringfügige angesehen werden soll. Dann aber geht es nicht an, diesen klar zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers dadurch zu ignorieren, daß man etwa der Uebertretung eine größere Bedeutung beimißt als dem Vergehen gegen die Norm des § 123.

Das Verhältnis von § 265 zu § 263 StGB mag auf den ersten Blick für das Gebiet der straflosen Vortat ebenfalls als recht wesentlich erscheinen, wird doch § 265 sogar als „Vorbereitungshandlung zum Betrug als Sonderdelikt" [2]) bezeichnet, und doch

[1]) in Rspr. 10 418.

[2]) Kohlrausch, StGB 1928 Anm. 1 zu § 265.

erweist sich seine Bedeutung hierfür als nur gering. „Die betrügerische Brandstiftung des § 265 und der Betrug des § 263 sind zwei begrifflich verschiedene, zeitlich getrennte Handlungen, welche nur das eine gemeinsam haben, daß sie den nämlichen, auf betrügerische Erlangung der Brandentschädigung gerichteten Zweck verfolgen ... Das betrügerische Inbrandsetzen versicherter Sachen bereitet zwar den intendierten späteren Betrug des Täters gegen den Versicherer wegen der Brandentschädigung vor, ist aber selbst weder Betrug noch Betrugsversuch, da es an einer Täuschungshandlung ... fehlt.“ [1]). § 265 steht also zu § 263 nicht im Verhältnis des Mittels zum Zweck, denn die Brandstiftung erfolgt ja bereits in betrügerischer Absicht, ist also nicht Mittel zum Betruge, sondern beide sind Mittel zur Erlangung eines Vermögensvorteils auf Kosten des Versicherers. Daß hier keine ausgesprochene Mittel-Zweckbeziehung obwaltet, würde allerdings dem Vorhandensein einer straflosen Vortat nicht grundsätzlich entgegenstehen, sofern nur die eine Tat vor der anderen begangen ist. Aber weil eben eine solche Handlungsmehrheit in natürlichem und juristischem Sinne vorliegt, lassen sich die §§ 265 und 263 „nicht zur juristischen Einheit verbinden“ [2]). Ebenso aber lehnt das RG — mit Recht — ein Subsidiaritätsverhältnis ab, und das entspricht hier einer Behandlung des Tatbestandes des § 265 als strafloser Vortat. Zwar kann der Begründung dafür, daß nämlich der Grundsatz der Subsidiarität nur anwendbar sei „beim Zusammentreffen von Vorbereitung, Versuch und Vollendung bei einem und demselben Delikt, wo also die Verletzung nur eines Rechtsgutes vorliegt, da in diesem Falle Vorbereitung, Versuch und Vollendung nicht verschiedene Delikte, sondern verschieden für strafbar erklärte Stadien der Verübung des einen Deliktes sind“, im Hinblick auf das unter B. I. 2. und 3. Gesagte nicht durchweg zugestimmt werden [3]), wohl aber ist das Wertverhältnis der Delikte und Taten so, daß die Norm des § 265 niemals zurücktreten kann hinter des des § 263. Aus der Strafdrohung allein geht schon hervor, daß der Gesetzgeber diesen Tatbestand für einen besonders strafwürdigen hält, und selbst wenn nicht Zuchthausstrafe angedroht wäre, erscheint ein dem § 265 entsprechendes Verhalten weit verwerflicher als eine bloße Täuschungshandlung

[1]) RG 17. 64.
[2]) RG a. a. O. S. 65.
[3]) RG 17, 65, gegen die Annahme von Subsidiarität in diesem Falle Honig S. 63.

und Vermögensschädigung in Bereicherungsabsicht ohne die gemeingefährlichen Handlungen des § 265. Ja, die Relevanz und Wertigkeit dieses Tatbestandes ist derart, daß sich das Verhältnis des § 265 zu § 263 geradezu umkehrt, d. h., daß der nachfolgende Betrug geringere Wertigkeit besitzt, und so „umgekehrt .... die Frage (entsteht), ob die Strafe des .... Betruges wegfallen muß, bloß weil vorher eine diese Tat vorbereitende, vom Gesetz mit besonderer Strafe bedrohte Handlung begangen worden ist“ [1]). Nicht also ob eine straflose Vortat, — ob eine straflose Nachtat vorliegt, steht in Frage, wobei im Rahmen dieser Erörterung nicht festgestellt werden kann, ob wirklich der Betrug straflos zu bleiben hat [2]).

Unter den Delikten gegen die Sicherheit des Rechtsverkehrs, vor allem also den Urkundendelikten, (und zwar hier nicht Vorgänge, die in einer Veränderung oder Abfassung des Inhalts einer Urkunde bestehen, sondern solche, deren Wesen in dem Angriff auf die Sachsubstanz im Ganzen liegt), können für die Probleme der straflosen Vortat von Bedeutung sein die Tatbestände der §§ 299 und 246, ferner § 348 II und § 350. Was die ersteren anlangt, so ist hier festzustellen, daß, wenn sich der Täter nur von dem Inhalt des Briefes Kenntnis verschaffen will, also „keine dauernde, sondern nur eine vorübergehende Zurückbehaltung im Auge hatte,... gar keine Zueignung im Sinne des § 246“ vorliegt; „die Zurückbehaltung wäre alsdann nicht tatbestandsgemäß und aus diesem Grunde straflose Vorbereitungshandlung“ [3]). Diese Charakterisierung als straflose Vorbereitungshandlung und nicht etwa als straflose Vortat ist besonders wichtig, weil eben keine Tat da ist, die vor der Eröffnung begangen wurde, denn es ist noch kein Tatbestand eines Gesetzes erfüllt. Wenn dagegen der Täter den Brief nicht nur eröffnet, um seinen Inhalt zu erfahren, sondern d a n a c h den Brief auch noch behält, vielleicht in der Absicht, ihn zu unlauteren Zwecken zu gebrauchen, dann liegt zunächst einmal der Tatbestand des § 299 vor, so dann aber auch noch der des § 246, oder falls es sich z. B. um einen Postbeamten handelt, der des

[1]) RG a. a. O. S. 66; vgl. auch RG 44, 255 und RG 48, 191: „Immer behält die betrügerische Brandstiftung aus § 265 gegenüber dem mit ihr in Beziehung stehenden Betrugsvergehen die Natur einer selbständigen Handlung.“

[2]) Verneinend Honig, S. 64 (der Realkonkurrenz annimmt), während nach Frank I zu § 265, S. 600/01 zwischen §§ 265, und 263 dasselbe Verhältnis besteht wie zwischen Diebstahl und Unterschlagung.

[3]) Honig S. 94.

§ 350. Wenn Honig in diesem Falle ein Konsumtionsverhältnis „zwischen dem den umfassenden Rechtsgüterschutz gewährenden Unterschlagungstatbestand und dem nur das Briefgeheimnis schützenden § 299“ [1]) annimmt, so ist dem entgegenzuhalten, daß es wesentlich auf die Gestaltung des einzelnen Falles ankommt, ob Gesetzeskonkurrenz anzunehmen ist. Gesetzeskonkurrenz nämlich nur bei Handlungseinheit, wenn also Eröffnung und Zueignung zusammenfallen, straflose Vortat aber bei Handlungsmehrheit, wenn also die Zueignung erst nachfolgt; denn gegenüber der Unterschlagung verliert die unbefugte Eröffnung ihre rechtliche Selbständigkeit und wird angesichts der strafrechtlich erheblicheren und schwerer wiegenden rechtswidrigen Zueignung irrelevant.

Anders aber gestaltet sich die Rechtslage in dem auch dieses Gebiet berührenden Fall, in dem ein Beamter eine Urkunde beiseite schafft und unterschlägt. Hier wird regelmäßig nur eine Einzelhandlung vorliegen. Hieraus ergibt sich dann das Gesetzeskonkurrenzverhältnis, und zwar Konsumtion des § 348 II durch § 350, wenn „der Beamte sich die Urkunde dadurch zueignet, daß er sie beiseite schafft“ [2]). Hieran schließt das RG die Bemerkung: es können „zwei Rechtssätze nicht im Verhältnis bald einer echten, bald einer unechten Konkurrenz stehen ..., je nachdem der Täter sein Ziel durch eine oder durch mehrere Handlungen erstrebt“. An dieser Stelle erweist sich wieder die übergroße Bedeutung, die dem abstrakten Verhältnis der Gesetze zueinander beigemessen wird, als verhängnisvoll. Für die Beurteilung des einzelnen Falles kommt es nämlich gar nicht darauf an, dieses Verhältnis ein für alle Mal festzulegen, sondern nur darauf, die Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der einzelnen Handlungen zu bestimmen. Gewiß erscheint es logisch unmöglich, daß zwei Rechtssätze sowohl in echter wie in unechter Konkurrenz stehen können. Dieser Widerspruch löst sich aber auf, wenn man entscheidendes Gewicht auf die Anzahl der Handlungen legt, — was das RG allerdings verneint —, denn gerade für die strafrechtliche Beurteilung kommt es doch hauptsächlich darauf an, zu untersuchen, was hat der Täter getan?,

[1]) Honig a. a. O., vgl. auch Frank VII zu § 299 S. 697: „Das Delikt des § 299 (werde) durch Diebstahl oder Unterschlagung der Urkunde konsumiert“, der dann seinerseits den § 303 konsumiere, „soweit die Beschädigung zur Eröffnung dient“.

[2]) RG 59, 174.

und nicht: in welchem abstrakten Verhältnis stehen die Gesetze zueinander?

In den Zusammenhang mit den Urkunden- und Amtsdelikten gehören auch die Tatbestände der §§ 350 und 351 StGB. Angenommen, der Beamte verfälscht Bücher oder Register, um dadurch die Unterschlagung zu verdecken, so liegt zweifellos Handlungsmehrheit vor. § 351 setzt ja in seinem Wortlaut eine bereits abgeschlossene Tat voraus. Dies ist aber nur ein Indiz dafür, daß diese auch wirklich eine Vortat, nämlich gegenüber einer Haupttat, sei, denn das Unselbständigwerden des ersten Vorganges folgt bereits aus dem Gedanken der Rechtsgüterabwägung, wonach dem Tatbestand des § 351 die weitaus größere Bedeutung zuzumessen ist, dergestalt, daß § 350 irrelvant wird. Ob man dann annimmt, § 351 sei lex specialis zu § 350 [1]) oder § 350 werde durch § 351 konsumiert [2]), ist darum gleichgültig. Denn in der Tat wird man dem Verhältnis des Tatbestandes des § 351 zu § 350 doch nur dann gerecht, wenn man, wie Honig es selbst tut [3]), „den Unrechts- und Schuldwert des § 350 (als) im Rahmen des § 351 wieder aufgenommen" ansieht, zumal „der durch § 351 gewährte Rechtsgüterschutz den des § 350 umfaßt". Daher ist die Unterschlagung des § 350 straflose Vortat gegenüber der strafbaren Haupttat der Verschleierungshandlung [4]).

β) Eine besondere Rolle für das Gebiet der straflosen Vortat spielt, wie bereits hervorgehoben, das Verhältnis der Gefährdungs- zu den Verletzungsdelikten, und hierbei ist beachtlich, daß eine große Anzahl von Uebertretungen reine Gefährdungsdelikte sind, deren Relevanz fortfällt, wenn es zu einer Verletzung gekommen ist. Denn dann tritt die Vorhandlung oder Vortat, die allerdings oft in einer Unterlassung besteht, völlig zurück gegenüber der in der Verletzung des betreffenden geschützten Rechtsgutes bestehenden Handlung. Soweit man also hier überhaupt von einer „Vortat" sprechen kann — die Voraussetzung der Handlungsmehrheit wäre hier aufzulösen in eine Unterlassung und eine Handlung — fallen insbesondere die Tat-

[1]) So Olshausen Anm. 1 zu § 351.

[2]) So Honig in JW 1932, 2618 bei Besprechung der RG-Entscheidung ebd.

[3]) a. a. O.

[4]) a. a. O. S. 2619. Daß die Unterschlagung auch einmal straflose Nachtat sei, falls sie dem Tatbestand des § 351 nachfolgt, bedarf hier keiner Erörterung, jedenfalls hat auch Honig nicht dargelegt, inwiefern dieser Fall möglich sein sollte, da doch § 351 bereits diese an sich strafbare Handlung voraussetzt.

bestände der Ziff. 8 und 9 des § 366 StGB darunter; denn wenn jemand durch einen infolge seiner besonderen Lage gefährlichen Gegenstand verletzt wird, haben die Bestimmungen über die Körperverletzung Anwendung zu finden. Damit aber wird noch nicht der Gefahrenzustand, bzw. seine vorherige Existenz beseitigt — abgesehen von den Fällen, in denen er weiter fortdauert —, doch erscheint er nunmehr in Anbetracht der erfolgten Schädigung für die strafrechtliche Beurteilung des Täters als bedeutungslos. In diesen Zusammenhang gehören ferner die Ziff. 3—6 und 8—14 des § 367 und die Ziff. 4—7 und 10 von § 368 StGB, die nur als Beispiele aufgezählt seien.

Ein Gefährdungsdelikt stellt auch § 221 dar gegenüber dem § 211. „Die Aussetzung richtet sich ebenso wie Mord und Totschlag gegen das Leben, fordert aber im Gegensatz zu diesen Delikten nicht seine Vernichtung, sondern nur seine Gefährdung; sie ist also ein Gefährdungsdelikt.“ [1]). Wenn man also zunächst einmal von dem Vorhandensein des Abs. III des § 221 absieht, dann kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Aussetzung straflose Vortat wäre, wenn der Täter auf diesem Wege den Tod der hilfslosen Person gewollt oder erreicht hat. Nun hat aber der Gesetzgeber gerade den Fall, daß durch diese erste Handlung, die Aussetzung, eine schwere Körperverletzung oder gar der Tod verursacht worden ist, vorgesehen und normiert, und daraus folgt, daß dieser Vorgang in einem solchen Falle nicht unbeachtet und für die Strafbarkeit unberücksichtigt bleiben darf, wie dies bei den anderen Gefährdungsdelikten der Fall ist. Das bestrittene Verhältnis des § 221 zu §§ 211 ff. bzw. § 224 StGB [2]) bedarf hier keiner weiteren Erörterung, denn die straflose Vortat ist nicht von der Idealkonkurrenz, sondern von der Real- und Gesetzeskonkurrenz abzugrenzen. Nur in diesem Falle ist es von Bedeutung, weil der Gesetzgeber die eine Handlung, die Aussetzung, mit der anderen, der Tötung, in Abs. III des § 221 zusammenzieht und dadurch, wie bereits unter B. 3. a) β) hervorgehoben, zu erkennen gibt, daß unter allen Umständen eine Bestrafung wegen Aussetzung zu erfolgen hat [3]). Im Falle einer Tötung, für die die Form der Aussetzung gewählt wird, stellt letztere zweifel-

[1]) Frank 1926 I zu § 221 S. 471.

[2]) Die h.L. nimmt Idealkonkurrenz an, vgl. hierüber insbes. Frank IV. zu § 221 S. 473 mit Lit.Nachweisen.

[3]) Denn nach § 221 III wird ja die durch Aussetzung erfolgte weitere Schädigung bzw. Lebensvernichtung bestraft.

los die Vortat im Sinne eines lediglich historisch vor der Verletzung liegenden Vorganges dar. Obwohl also nur Mittel zum Zweck und ein reines Gefährdungsdelikt, ist ihre rechtliche Wertigkeit doch so groß, daß der Gesetzgeber dies besonders betonen zu müssen geglaubt hat. Maßgebend mag hier vor allem die verwerfliche Gesinnung gewesen sein, die in einer dem § 221 entsprechenden Handlungsweise zum Ausdruck kommt. Abgesehen aber von dem gesetzgeberischen Motiv läßt die gesetzliche Regelung schon an sich den Rückschluß dahin zu, daß überall da, wo der Gesetzgeber eine bestimmte Handlungsweise als strafrechtlich relevant erachtet hat, er dies auch zum Ausdruck gebracht und damit zu erkennen gegeben hat, daß hier die selbständige Bedeutung der Tat niemals wegfallen dürfe, wo hingegen das Fehlen einer solchen Bestimmung die Einordnung eines Vorganges unter dem Begriff der unechten Konkurrenz im allgemeinen, der straflosen Vortat im besonderen erleichtert.

Eine Parallele hierzu stellt § 229 dar, den man bei etwa eingetretenem Tode durch Vergiftung auch nicht als eine straflose Vortat ansehen kann, weil der Gesetzgeber die Giftbeibringung für besonders schwerwiegend angesehen hat[1]). Insofern besteht hier allerdings ein Unterschied zu § 221, als § 229 kein reines Gefährdungsdelikt darstellt, denn eine ihm entsprechende Handlungsweise stellt ja bereits eine tätliche Einwirkung auf den Körper des Opfers dar, ist also selbst schon Verletzung, wenn auch der der Gesundheit. Außerdem ergibt sich aus seiner Struktur, daß, wenn Tötungs- und Gesundheitsbeschädigungsvorsatz zugleich vorliegen, mindestens juristische Handlungseinheit gegeben ist, und daher in der Regel schon aus diesem Grunde für eine straflose Vortat hier kein Raum ist.

γ) Während diese eben genannten Fälle die Besonderheit aufweisen, daß die Vortat — soweit man überhaupt von einer solchen sprechen kann — sich ohne besondere neue Einwirkung in die Haupttat fortsetzt, — man denke z. B. an die §§ 268 Nr. 4 und 309 — bedarf es weiterhin noch einer Hervorhebung

[1]) RG 42, 215 a. A.: „Die Absicht der Gesundheitsbeschädigung (kann) .... dann nicht mehr in Frage kommen, wenn der Täter mit dem Vorsatz, den Tod herbeizuführen gehandelt hat, weil dieser Vorsatz jene Absicht mit Notwendigkeit absorbiert." Aber ist nicht gerade in jedem Tötungsvorsatz der Vorsatz, eine schädliche Einwirkung auf die Gesundheit vorzunehmen, ohne weiteres mitenthalten?

von Fällen, in denen sich die Haupttat auf Grund eines neuen Entschlusses im Sinne von neuem Vorsatz entwickelt. Dem steht nicht entgegen, daß es sich auch dabei um einen einheitlichen Plan handeln kann, den der Täter verfolgt, ja, daß in der Regel ein solcher Plan sogar vorliegen wird, denn sonst wären ja die Delikte völlig voneinander unabhängig. Dieser innere Zusammenhalt ist sogar erforderlich, denn er bildet den Ausgangspunkt der Problemstellung und seine Voraussetzung. Ohne inneren Zusammenhang der Vorgänge steht ihre Selbständigkeit und rechtliche Relevanz in Bezug auf den einen Täter von vornherein fest.

Gesetzt sei also der Fall, einem Zuchthäusler gelänge es, dem Rendanten der Anstalt einen Geldschein wegzunehmen und ihn auf den Boden des Gebäudes zu verstecken. Nach seiner Entlassung faßt er den Entschluß, sich den Schein zu verschaffen, was ihm auch gelingt, indem er nachts in das Zuchthaus einsteigt und den Schein vom Boden holt. Die erste Wegnahme des Scheines wird man hier bereits als einen vollendeten Diebstahl bezeichnen können. Gewahrsamsbruch und Begründung eigenen Gewahrsams sind in einer den Umständen angemessenen Weise erfolgt. Der Täter allein kennt das Versteck, und wenn er selbst auch nicht immer an den Schein herankann, solange er im Zuchthaus sitzt, so kann doch auch niemand anderer heran, da niemand etwas davon weiß. Das spätere Einsteigen und Herausholen aber stellt einen neuen, schweren Diebstahl dar. Der neue Gewahrsamsbruch ist dadurch möglich, daß er durch seine Entlassung auch jede entfernte Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache verliert, und so der Gewahrsam der Anstaltsleitung wieder zu einem vollen Gewahrsam erstarkt. Sollte nun § 74 auf das Verhalten des Täters Anwendung finden? Gewiß liegen zwei selbständige Vorsätze vor, doch hatte der erste, der der einfachen Wegnahme, doch nur Sinn im Hinblick auf die spätere Erlangung der Sache, also auf den zweiten Vorsatz. Daß der erste an sich zunächst strafrechtlich von Bedeutung war, wird sich nicht leugnen lassen. Er reicht über eine bloße straflose Vorbereitungshandlung dadurch hinaus, daß ja bereits ein Tatbestand verwirklicht worden ist, — oder zumindest ein Teil eines Tatbestandes, nämlich der Gewahrsamsbruch, wenn man in der ersten Handlung nichts weiter als dies, also nur einen Versuch des § 242 sehen will. Selbst eine solche Teiltatbestandsverwirklichung läßt sich aber nicht aus der Welt schaffen. Ganz gleich

nun, ob man hier Versuch oder Vollendung des § 242 annehmen will, dieser Vorgang verliert seine Bedeutung gegenüber dem späteren schweren Diebstahl. Denn wenn man rückwärts die Tat im Ganzen betrachtet, dann liegt doch nur ein schwerer Diebstahl vor. Gewiß war das Geschehen, das diesen überhaupt erst ermöglicht hat, einmal von rechtlicher Relevanz, diese seine Eigenschaft büßt es aber nun bei wertender Betrachtung ein zugunsten des nachfolgenden Vorganges, der sowohl nach dem täterischen Plane wie auch nach seiner rechtlichen Struktur die Haupttat darstellt[1]). Der Täter hat sich eine fremde bewegliche Sache durch Einsteigen angeeignet. An dieser hat er zwar nicht vollen Gewahrsam gehabt, aber doch eine diesem angenäherte Sachherrschaft. Wenn er nun dieser geminderten Sachherrschaft durch nicht von seinem Willen abhängige Umstände verlustig gegangen ist, sich aber nunmehr entschließt, die bereits innegehabte Position nicht nur wiederzuerlangen, sondern zu einer vollen Sachherrschaft zu verdichten, dieser Weg dann aber ein Verbrechen darstellt, dann wird der Unrechtswert der ersten Tat voll und ganz von dem Schuldwert der zweiten umfaßt und kann daher nicht mehr als eine selbständig strafbare Handlung gewertet werden. Die beiden Vorgänge stehen also im Verhältnis der unechten Realkonkurrenz zueinander, die zur Straflosigkeit des ersten Vorgangs, der Vortat, führt.

Für den eben genannten Fall kam es nicht darauf an, ob die Vortat einen Versuch oder eine Vollendung darstellt. Wesentlich ist es aber sonst, ob nur eine zur Vollendung eines Deliktes oder zu seiner Verwirklichung hinführende Form oder diese selbst vorliegt, und zwar nicht nur beim Versuch, sondern auch bei den anderen, an sich bei jedem Delikt möglichen Formen der Betätigung. Hierbei ist insbesondere an die Anstiftung gedacht, und zwar die Anstiftung zum Diebstahl, nach dessen Vollendung der Anstifter zum Hehler wird.

---

[1]) Vgl. hierzu RG 11, 359, allerdings für Handlungseinheit: zu ihr können die mehreren Willensakte dann zusammengefaßt werden, „wenn die frühere Tätigkeit den durch die Natur der Sache selbst notwendig gemachten ersten Schritt zur Realisierung der Absicht der Gesamthandlung bildet, und wenn zugleich die verschiedenen Einzelakte gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet sind." Letzteres ist auch hier zweifellos der Fall, denn das durch die §§ 242, 243 geschützte Rechtsgut ist dasselbe: die Integrität fremden Gewahrsams.

Auszugehen ist wiederum von der Handlungsmehrheit, und zwar einer natürlichen hier, weil die Handlung, welche rechtlich die Anstiftungstätigkeit zum Diebstahl, und die, welche das Ansichbringen darstellt, durchaus voneinander getrennt sind. Nach RG 32, 395 spielt dies allerdings keine Rolle: „Sollte (bei Feststellung mehrerer selbständiger Handlungen) ... auf die zeitliche Trennung der das eine oder das andere Delikt vollendenden Handlungen Gewicht gelegt sein, so würde in Betracht kommen, daß diese Trennung gerade da, wo dieselbe sich aus der Natur zweier Delikte mit rechtlicher Notwendigkeit ergibt, für die Entscheidung darüber, ob nach Bewandtnis des Einzelfalls die Voraussetzungen des § 73 oder § 74 zutreffen, am wenigsten verwertbar ist." Es kann daher nicht wunder nehmen, daß das RG bei Hehlerei im Verhältnis zur Anstiftung zum Diebstahl ebenso reale wie ideale Konkurrenz für möglich hält[1]). Das aber ist nur auf Grund eines Gedankensprunges möglich, der den einheitlichen Plan dem Vorsatz gleichstellt. Das geht besonders deutlich aus RG 9, 193 hervor, wo es erklärt, die Hehlerei sei zwar selbständiges Delikt, „perpetuiert aber sachlich die Eigentums- und Besitzverletzung, hat daher materiell-akzessorische Natur. Zeitliche Trennung hindert die Idealkonkurrenz..... nicht, ebensowenig die frühere Vollendung der Anstiftung. Die Einheit des geschichtlichen Vorganges als eines zugleich im Bewußtsein und Vorsatz des Täters hervorgetretenen Ganzen bildet, sofern die Einheit des verletzten Rechtsguts hinzu kommt, das wesentliche Merkmal der Einheit oder Identität der Handlung im Sinne des § 73 StGB." Es kann aber doch keinem Zweifel unterliegen, daß weder der geschichtliche Vorgang noch der zweifache Vorsatz sich untereinander und nun erst zusammengenommen zu einer Einheit zusammenfassen lassen. Gewiß wird der Täter regelmäßig von vornherein beabsichtigt haben, nach erfolgreicher Anstiftung die Sachen an sich zu bringen, er bedient sich also des Diebes gewissermaßen als Mittler, um die Sachen in seine Gewalt zu bekommen. Das schließt aber doch nicht aus, daß er erst einmal den Vorsatz der Anstiftung hat und verwirklicht und dann erst den der Hehlerei, denn sonst würde der Tatbestand des § 259 ja gar nicht erfüllt sein. Im Bewußtsein des Täters kann sich diese seine Tätigkeit freilich als eine ein-

---

[1]) Vgl. RG a. a. O. S. 394.

heitliche darstellen, hindert aber nicht das Vorliegen zweier Vorsätze. Dies hätte das RG um so mehr beachten müssen, als es mit aller Entschiedenheit ausgesprochen hat, nicht der Handelnde, sondern das Recht bestimmt, was als einheitliche Handlung zu werten ist. Wenn man aber die Entscheidung in RG 9, 193 mit diesem Grundsatz vergleicht, stößt ein Widerspruch auf, denn die Entscheidung in 9, 193 hat doch wesentlich der Gesamtplan des Täters beeinflußt, denn erst auf Grund dieses ist der einheitliche Vorsatz angenommen worden. In RG 32, 395 geht das RG aber noch einen Schritt weiter: es entspräche der natürlichen Auffassung, „die Aufforderung des Hehlers, ihm die zu stehlenden Sachen zu bringen, nicht bloß als Anstiftungstätigkeit, sondern zugleich als einen Bestandteil derjenigen Tätigkeit anzusehen, durch deren Fortgang das hehlerische Vorhaben .... verwirklicht wird". Hier ist das tatsächliche Geschehen, die tatsächlich vorhandene Handlungsmehrheit, vollends außer Betracht gelassen. Wenn man sich auch damit einverstanden erklären kann, daß die Anstiftung zum Diebstahl eine Einheit bildet mit der Tätigkeit des Anstifters, durch die er den Dieb auffordert, ihm die gestohlenen Sachen zu bringen, — und hier braucht man nicht zur juristischen Einheit seine Zuflucht zu nehmen, denn die natürliche ist dabei sogar die Regel —, so ist doch der Ansicht des RG insofern entgegenzutreten, als die Erklärung der Anstiftungstätigkeit als „Bestandteil" der Hehlerei zur Annahme von Idealkonkurrenz führt. Denn dies hat eine — hier nicht bestehende — Handlungseinheit zur Voraussetzung und eine Vermischung des Vorsatzbegriffes mit dem Plan des Täters. Das verfehlte Bestreben des RG, hier eine Handlungseinheit zu konstruieren, zeigt zweierlei: einmal, daß es der Anstiftungstätigkeit keine solche Bedeutung beimißt, daß dieser Teil des täterischen Gesamtverhaltens die Natur einer selbständigen Handlung hätte, zum anderen aber, daß der Mangel eines Begriffes, einen derartigen Fall rechtlich zu qualifizieren, dazu führt, mit Hilfe von fingierter Handlungseinheit die Idealkonkurrenz als Rettungsanker zu benutzen. Von dem hier vertretenen Standpunkt der Handlungsmehrheit aus erscheinen daher die Urteile des RG in dem besprochenen Falle richtiger und konsequenter, die Realkonkurrenz annehmen, so z. B. RG 5, 282, insbes. aber RG 51, 101: „Das RG (habe) wiederholt (!) ausgesprochen ...., die Annahme, daß Hehlerei mit Anstiftung zum Diebstahl, auf den sie sich bezieht, einheitlich zusammentrifft, (sei) keine recht-

liche Notwendigkeit, auch dann nicht, wenn der Anstifter von vornherein beabsichtigt hat, den Diebstahlsgegenstand an sich zu bringen und wenn er sich die Ueberlassung vom Dieb hat zusagen lassen." Die Annahme von Realkonkurrenz ist, wie gesagt, nur konsequent und richtiger, keineswegs aber kann ihr ganz zugestimmt werden. Treffend hat Hippel die Urteile des RG, die Idealkonkurrenz annehmen, dahin kritisiert, daß „gegenüber dem Ansichbringen der Hehlerei .... die Anstiftung nur Vorbereitungshandlung (sei), dabei zeitlich wesentlich getrennt" [1]). Vorbereitungshandlung darf man nun allerdings nicht in dem sonst üblichen Sinne verstehen, daß ein bestimmter Vorgang noch nicht einem bestimmten gesetzlichen Tatbestand unterfällt, denn die Anstiftungstätigkeit fällt ja unter §§ 48, 242, sondern Vorbereitungshandlung hier im Sinne von Vortat. Wenn man nun an der Handlungsmehrheit festhält, zugleich aber sich dabei vergegenwärtigt, daß die Anstiftung nur Mittel zum Zweck ist und gegenüber dem vollendeten Delikt der Hehlerei zweifellos das minus darstellt, dann muß man sie als straflose Vortat bezeichnen. Denn Haupttat und rechtlich relevant ist und wird nur die Hehlerei, um derentwillen der Täter ja überhaupt erst tätig geworden ist. Ihr gegenüber verliert die vorhergehende Anstiftungstätigkeit ihre rechtliche Bedeutung und wird zu einem unselbständigen Bestandteil des täterischen Verhaltens, im ganzen betrachtet. In diesem Sinne erst, also auf Grund wertender Betrachtung, ist sie „Bestandteil derjenigen Tätigkeit, durch deren Fortgang das hehlerische Vorhaben verwirklicht wird", nicht aber im Sinne von Handlungseinheit. Auch aus der weiteren Begründung, die das RG in 32, 395 für seine Ansicht beibringt, ist vor allem das zu ersehen, daß es ebenfalls die rechtliche Bedeutung der Anstiftungstätigkeit für gering hält. Auf die Identität des verletzten Rechtsguts käme es hier an, „nicht als ob es dieser zur Anwendung des § 73 bedarf, wohl aber insofern, als bei Beziehung der Anstiftung und der Hehlerei auf denselben Diebstahl durch die Hehlerei nur diejenige Besitz- und Eigentumsverletzung weitergeführt wird, zu welcher die Anstiftungstätigkeit den bis zur Ablieferung an den Hehler fortwirkenden Anstoß gegeben hat". Daraus aber geht hervor, daß selbst das RG die „Vortat" nicht für so bedeutungsvoll hält, daß sie zu einer selbständigen und als solche strafbaren erklärt werden müßte. Stellt man diese Erkenntnis im Zusammenhang mit der

[1]) II § 37 S. 518.

tatsächlichen Handlungsmehrheit, dann ergibt sich als notwendige Folge die Erklärung der Anstiftungstätigkeit zu einer irrelevanten, zu einer echten straflosen Vortat. Sie war einmal von rechtlicher Bedeutung und wäre es auch geblieben, wenn der Vorsatz zu hehlen nicht ausgeführt worden wäre. Durch dessen Ausführung aber ist sie ihrer Selbständigkeit beraubt worden.

b) Kann so der Begriff der straflosen Vortat für den Anwendungsbereich der Vorschriften des StGB fruchtbar gemacht werden, wie dies bereits für die straflose Nachtat geschehen ist, so greift die Bedeutung der straflosen Vortat auch über das StGB hinaus entsprechend ihrer Natur eines allgemeinen strafrechtlichen Begriffes, und sie erstreckt sich auch auf strafrechtliche Nebengesetze wie auch auf einzelne strafrechtliche Bestimmungen in an sich nicht strafrechtlichen Gesetzen. Es kommen hier insbesondere das Lebensmittelgesetz, eine Reihe von handelsstrafrechtlichen Bestimmungen und Gesetze, die aus politischen Motiven erlassen sind, in Betracht.

α) αα) In einen Vergleich zu dem zuletzt behandelten Fall der Anstiftung zum Diebstahl mit nachfolgender Hehlerei läßt sich § 17 UWG stellen[1]).

Der Fall ist denkbar, daß ein Angestellter zum Verrat eines Geschäftsgeheimnisses angestiftet wird von dem, der nunmehr seinerseits das Geheimnis anderen mitteilt.

Auf seiten des Angestellten liegt zweifellos ebenso ein Vergehen gegen § 17, I vor wie auf seiten des anderen ein solches gegen Abs. II von § 17. Denn er hat das Geschäftsgeheimnis durch eine der in Abs. I bezeichneten Mitteilungen, nämlich durch den Verrat des Angestellten, erlangt. Soll er aber außerdem noch wegen der Anstiftung zu dem Vergehen des Angestellten bestraft werden? Das RG lehnt Idealkonkurrenz zwischen Abs. I und II des § 17 mit der zutreffenden Begründung ab: „für den Täter, der die unbefugt zu erlangende Kenntnis unbefugt zum Wettbewerb verwerten will, bildet die Anstiftung eines Angestellten zu einer unter Abs. I fallenden Handlung eine Vorbereitung des beabsichtigten unerlaubten Wettbewerbs, und es ist nicht ersichtlich, auf welcher Stufe seines Tuns dieses zugleich ein Tatbestandsmerkmal der Verfehlung nach Abs. I i. V. m. § 48 StGB und der Verfehlung nach Abs. II verwirk-

[1]) Wie es das RG in 60. 54 auch tut.

licht."[1]). Wenn aber das RG in Verfolg dieser Ansicht zur Annahme von Tatmehrheit gelangt[2]), so ist dem im Grunde das Gleiche entgegenzuhalten wie in dem parallelen Fall der Anstiftung zum Diebstahl durch den späteren Hehler. Auch hier tritt die Teilnahmetätigkeit völlig zurück gegenüber der Eigentäterschaft und Verwirklichung des Abs. II und verliert somit ihre selbständige strafrechtliche Bedeutung. Der Ansicht, daß es sich auch hier nur um eine typische Mittel-Zweckbeziehung handle, könnte vielleicht mit dem Einwand begegnet werden, den das RG allerdings zum Nachweis der Unmöglichkeit von Tateinheit anführt, daß sich „die beiden Verfehlungen gegen verschiedene Rechtsgüter richten: dort (bei Abs. I) ist das Betriebsgeheimnis und die Vertragstreue eines Angestellten, hier (bei Abs. II) die ungestörte Ausübung des Gewerbebetriebs geschützt", während es sich bei den §§ 242 und 259 StGB zunächst um den Eingriff in fremdes Eigentum und dann lediglich um die Aufrechterhaltung des durch den Eingriff geschaffenen Zustandes handle. Aber auch bei § 17 UWG handelt es sich von der Seite des Anstifters aus betrachtet doch lediglich um einen wesentlichen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, der die ungestörte Ausübung des Gewerbebetriebs verhindert, einmal durch die Anstiftung des Angestellten, die doch in ihrer Auswirkung sich als Störung des Gewerbebetriebs darstellt, und sodann durch die Verwertung des Geheimnisses, so daß sich also hieraus nichts für die Relevanz des ersten Vorganges herleiten läßt.

Im Zusammenhang mit § 17 UWG entsteht die Frage nach dem Verhältnis eines Vergehens gegen diesen Paragraphen zu einem Diebstahl, der erst die nach § 17 strafbare Handlung ermöglicht hat. Hier wird man das Vergehen gegen § 242 StGB nicht als straflose Vortat werten können, auch wenn es nur Mittel zum Zweck war, andererseits aber auch nicht das Vergehen gegen § 17 als straflose Nachtat. Beide Vorgänge haben und behalten ihre rechtliche Relevanz und Selbständigkeit, insbesondere aber stellt der Diebstahl einen derartigen Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut dar, daß seine Bedeutung noch die Handlung der Geheimnisverwertung überragt. Zwar kann man das Eigentum nicht durchweg höher bewerten, als das ihm verwandte immaterielle Gut eines Geschäfts- und Betriebsgeheim-

[1]) RG 60, 54.

[2]) Ebenso Stenglein I Anm. 20 zu § 17 S. 289.

nisses, es steht aber dann über ihnen, wenn es sich um einen positiven Eingriff handelt. Die Wegnahme einer fremden Sache in Zueignungsabsicht zeugt von wesentlich verwerflicherer Gesinnung als die Verwertung eines Geheimnisses, — dies hat der Täter schon in seinem Machtbereich, bei jenem muß er sich diese Sachherrschaft erst durch eine positive Handlung verschaffen. „Der strafbare Inhalt des Vergehens gegen § 242 ist der Eingriff in das Eigentumsrecht eines anderen ...., der des Vergehens gegen § 9 Abs. I (jetzigen § 17) UWG der verwerfliche Eigennutz durch Verwertung fremder .... Geheimnisse.“ [1]). Der Ansicht des RG, daß in diesem Falle dann Realkonkurrenz zwischen diesen beiden Handlungen anzunehmen sei, ist darum durchaus beizupflichten.

Anders als die Anstiftung des Täters zu dem Vergehen wegen § 17 I i. V. m. Abs. II ist das Vergehen gegen § 20 UWG zu bewerten, denn Voraussetzung seiner Anwendbarkeit ist die Erfolglosigkeit des „Unternehmens“ der Anstiftung eines anderen [2]). Die Rechtslage ist dieselbe wie bei § 159 StGB, beide bestrafen den erfolglosen Anstiftungsversuch, so daß bei erfolgreicher Anstiftung zu § 17 I der Tatbestand des § 20 und somit auch eine Vortat gar nicht vorhanden ist.

Wie nun aber, wenn zunächst das Unternehmen erfolglos blieb, dann aber auf Grund neuer „Bestimmung“ diese Erfolg hatte und wirklich zum Verrat, bzw. Meineid, — denn auch dies ist möglich, da ein Zeuge z. B. an mehreren Verhandlungstagen in derselben Strafsache vernommen und seine Aussage beeidet werden kann — führt?

Das Unternehmen nach §§ 20 UWG bzw. 159 StGB liegt rechtlich vor, außerdem aber ein Vergehen bzw. Verbrechen nach §§ 48, 17 UWG bzw. 48, 153 StGB. Hier Realkonkurrenz anzunehmen, kann nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechen. Gewiß tritt der verbrecherische Wille besonders intensiv zutage, wenn der Täter sich trotz der erfolglosen Bestimmung zu neuer Anstiftung entschließt. Aber ihrer rechtlichen Natur nach sind die §§ 20 UWG und 159 StGB doch von untergeordneter Bedeutung und haben zu weichen, bzw. werden nicht angewendet, wenn die Tat vorliegt, die der Täter wirklich wollte, — wenn er also sein Ziel erreicht hat. Daß er das erst ein-

[1]) RG in JW 05, 548 und in Recht 05 Nr. 935 S. 200.

[2]) Vgl. Stenglein I S. 290 zu § 20.

mal erfolglos versuchte, kann ihm dann nicht besonders zur Schuld zugerechnet werden, jedenfalls aber nicht der ersten Handlung, der Vortat, eine Bedeutung beilegen, die ihr nicht zukommt. Denn sie hat nunmehr ihre rechtliche Relevanz verloren und im Verhältnis zur wirklichen Anstiftung als der Haupttat den Charakter einer straflosen Vortat angenommen. Wollte man in diesem Falle etwa eine fortgesetzte Handlung, also fortgesetzte Anstiftung annehmen und so den ersten erfolglosen Versuch nur als einen Teil des deliktischen Verhaltens des Täters betrachten, dann würde man die §§ 20 UWG bzw. 159 StGB übergehen, denn sie sind tatsächlich an sich erfüllt. Gewiß werden sie im Ergebnis bei der hier getroffenen Entscheidung auch nicht angewendet, aber doch beachtet und in ihrer zunächst vorhandenen rechtlichen Selbständigkeit festgestellt. Daß dann auf Grund der Wertung der Vorgänge der erste Vorgang für die Strafbemessung ausgeschieden wird, ist aber grundsätzlich etwas anderes als die Zusammenfassung verschiedener Handlungen zu einer juristischen Handlungseinheit. Nicht diese liegt vor, sondern, wenn man den ganzen Vorgang betrachtet, Verbrechenseinheit, denn es sind mehrere Vorgänge zu unterscheiden, die auch verschiedenen Gesetzen unterfallen. Da aber auch die Vorgänge getrennt werden müssen, kann kein Fortsetzungszusammenhang mehr vorliegen.

Im Bereiche des Warenzeichengesetzes und des Gesetzes betr. das Urheberrecht an Schriftwerken ist bei Vorliegen gewisser Delikte die Existenz einer straflosen Vortat zwar nicht unter diesem Namen, wohl aber im Ergebnis durchaus anerkannt. Hinsichtlich der §§ 14 und 15 WZG kommen als Handlungen einerseits das Kennzeichnen, andererseits das Inverkehrbringen in Betracht. In der Praxis wird es wohl selten vorkommen, daß das erstere ohne Beziehung auf letzteres erfolgt. Mindestens in der Regel ist es Mittel zum Zweck. Trotz der zweifellos vorliegenden Handlungsmehrheit prüft aber das RG wiederum, ob die Voraussetzungen des § 73 StGB gegeben seien. „Der Umstand, daß das Inverkehrbringen durch einen anderen als den Nachbildner .... sofort oder erst bei Hinzutritt einer späteren Prüfung vorbehaltenen Gelegenheit erfolgen kann, gibt der Möglichkeit Raum, daß in diesen oder anderen ..... Beziehungen derjenige Entschluß, als dessen Ausführung sich das Inverkehrbringen darstellt, erst zu einer Zeit, wo die Ware bereits hergestellt, gezeichnet oder ausgestattet ist, und unter dem Einfluß geschäftlicher Wandlungen oder sonstiger neu hin-

zutretender Umstände gefaßt wird“ [1]). Wesentlich aber ist doch nicht so sehr der Vorsatz als vielmehr das, was der Täter getan hat, und daher wäre an sich der folgende Satz der RG.Entscheidung: „Dazu kommt noch, daß die §§ 14, 15 WZG dem allgemeinen Inverkehrbringen das spezielle Feilhalten gleichstellen“ zu begrüßen, wenn er nicht durch das im Anschluß daran Hinzugefügte: „und die auf jenes gerichtete Absicht den Vorsatz zu diesem begrifflich nicht in sich schließt“, wiederum durch die Ueberbetonung des subjektiven Moments das tatsächliche Geschehen verwischte. So kommt das RG letzten Endes zur Annahme einer Gesamthandlung, weil es „der regelmäßigen Gestaltung des die einzelnen Tätigkeitsakte zu einem Unternehmen zusammenfassenden Gewerbebetriebs (entspreche), das Inverkehrbringen oder Feilhalten in seinem Verhältnis zur Nachahmung des Warenzeichens und der Ausstattung als fortschreitende Ausführung desselben Entschlusses ..... anzusehen“ [2]). Stellt man sich demgegenüber auf den Standpunkt, der Tatbestand der Ausstattung z. B. sei erfüllt und stelle zunächst eine für sich allein stehende Handlung dar, dann kann er mit dem Inverkehrbringen und Feilhalten nicht zu einer Handlungseinheit, sondern nur zu einer Verbrechenseinheit zusammengezogen werden. Er ist als eine Vortat anzusehen, die ihre Bedeutung im Falle der Verwirklichung des Hauptatbestandes verliert.

Die Inkonsequenz der gegnerischen Ansicht erhellt aus der von dem Vertreter eben dieser Ansicht selbst gefällten Entscheidung, indem nämlich nach Stenglein [3]) Realkonkurrenz vorliegt, wenn „der Täter die Absicht, die Ware in den Verkehr zu bringen, aufgegeben hat und dann später das Inverkehrbringen auf Grund eines neuen Vorsatzes erfolgt“. Dies setzt also Handlungsmehrheit voraus. Diese aber kann man nicht in einem Falle bejahen, im anderen verneinen, nur weil der Vorsatz ein anderer ist, bzw. sich auf der subjektiven Seite der Tatbestände Veränderungen ergeben haben. Der Grund dafür, daß in solchem Falle § 74 StGB anzuwenden ist, liegt vielmehr darin, daß die beiden Vorgänge völlig getrennt und nunmehr ohne Beziehung zueinander sind, derart, daß man keinen als Haupttat ansprechen kann. Jeder ist selbständig, und muß daher als solcher, nämlich durch Anwendung des § 74 StGB, gewertet werden.

[1]) RG 35, 91.

[2]) Wie RG auch Stenglein I S. 235 zu § 14.

[3]) I S. 235 zu § 14.

Einen Sonderfall auf dem Gebiete der praktischen Auswirkung der Konkurrenzlehre stellen die §§ 18 und 25 des Gesetzes betr. das Urheberrecht an Schriftwerken dar. Hier stehen sich die Tatbestandsmerkmale des Veranstaltens und des Verbreitens eines Nachdrucks gegenüber. Während im § 18 die Absicht der Verbreitung zum subjektiven Tatbestand gehört, ist die Verwirklichung dieser Absicht in § 25 I besonders unter Strafe gestellt. Damit taucht nun das Problem auf, ob die Verbreitung bzw. das Feilhalten oder Verkaufen oder Vertreiben nicht straflose Nachtat gegenüber der nach § 18 strafbaren Handlung sei, weil es sich hier nur um die Auswirkung eines bereits unter Strafe gestellten Verhaltens handelt[1]). Für eine straflose Vortat ist also in diesem Gebiete kein Raum.

Die Zweifel an der Anwendungsmöglichkeit und dem Charakter der Vorschriften der §§ 18 und 25 werden jedenfalls dadurch hervorgerufen, daß das Gesetz eine besonders eingehende Regelung glaubte treffen zu müssen und insbesondere in Abs. III von § 25 eine Bestrafung wegen eines Vorganges angeordnet hat, den der Täter in der Art und Weise gar nicht begangen hat. Veranstalten bzw. Veranlassen eines Nachdrucks sind nicht dasselbe wie Verbreiten, und doch „unterliegen Veranstalter und Veranlasser" der Bestrafung „wegen Verbreitung". Veranlassung und Veranstaltung sieht das Gesetz als mittelbare Verursachung des Verbreitens an und weicht damit von den üblichen Grundsätzen über die Anstiftung ab. So kommt es, daß hier, im Bereiche der §§ 18, 25 des Ges. betr. das Urheberrecht an Schriftw. das Vorliegen einer straflosen Vortat äußerst selten ist, obwohl der Vergleich des § 18 mit Abs. 1 von § 25 und beider mit den hier behandelten Fällen aus dem WarenzeichenGes. und Ges. gegen den unlaut. Wettbew. auf den ersten Blick das Gegenteil vermuten läßt.

ββ) Im Gegensatz zu § 25 Abs. 1 Ges.Urh.Schr. fehlt in den Bestimmungen, die sich gegen den verwerflichen Eigennutz eines Kridars richten, jede Angabe über mittelbare oder unmittelbare Veranlassung einer die Gläubiger schädigenden Handlung, obwohl gerade hier die Tatbestände der §§ 242 und 239 KO so gefaßt sind, daß Anlaß zu erheblichen Zweifeln besteht. Es müssen also die allgemeinen Vorschriften des StGB und die Grundsätze seiner Auslegung Anwendung finden.

---

[1]) Vgl. hierüber RG 11, 336; Honig, 55.

Gesetzt der Fall, der Gemeinschuldner veranlaßt einen Dritten, durch Versprechen eines Teiles des später zu erzielenden Erlöses zum Beiseiteschaffen von seinen — des Gemeinschuldners — wertvollen Bildern und nimmt dann selbst am Verpacken und Fortschaffen teil.

Der Dritte begeht zweifellos ein Delikt nach § 242 KO. Konnte der Gemeinschuldner aber seinerseits dazu in strafbarer Weise anstiften, da er doch selbst sich gegen § 239 KO vergangen hat? Dies wird bejaht werden müssen [1]), schon allein aus dem Grunde, weil das Ergebnis durchaus unbillig und ungerecht wäre, wenn der Gemeinschuldner nicht selbst tätig geworden ist; denn dann könnte er nach der Ansicht, die Teilnahme am Delikt des § 242 KO durch den Gemeinschuldner nicht für möglich hält, überhaupt nicht bestraft werden. Auf die weitere Streitfrage, in welchem Verhältnis § 242 zu § 239 KO bzw. zur Teilnahme des Dritten selbst an der verbrecherischen Handlung des Gemeinschuldners steht, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Nach h.A. ist Idealkonkurrenz möglich [2]), und die Folge davon wäre, daß in dem hier gebildeten Falle in der Anstiftung zum Verbrechen der Fremdbegünstigung — im Sinne des § 242 KO! — zugleich eine Anstiftung zur Teilnahme, also Beihilfe, an dem Verbrechen der Eigenbegünstigung — im Sinne des § 239 KO! — läge; denn wenn der Gemeinschuldner den Dritten auffordert, die Vermögensstücke für ihn fort zu schaffen und selbst dabei mitwirkt, dann fordert er ihn zugleich auch dazu auf, ihm bei der Fortschaffung behilflich zu sein. Diese Handlung, die man rechtlich und tatsächlich als eine einzige Anstiftung ansehen muß, ist vor der Tätigkeit begangen, die Zweck des deliktischen Verhaltens ist. Dann aber greifen die Grundsätze durch, die allgemein für das Verhältnis von Anstiftung und nachfolgender Ausführung gelten, falls der Anstiftende selbst an der Ausführung des gewollten Verbrechens oder Vergehens teilnimmt. Die Anstiftung ist dann straflose Vortat. Die Entscheidung kann nun aber darum nicht anders ausfallen, weil in der — sozusagen üblichen — Anstiftungstätigkeit zugleich eine andere, nämlich eine zur Teilnahme an einem vom Gesetz an sich völlig selbständig ausgestalteten Delikt liegt. Die innere Beziehung der Delikte, ihre Bezogenheit auf das gemeinsame Ziel der Gläubigerschädigung und Gemein-

[1]) Frank Anm. 1 zu § 242 KO S. 638, Stenglein II Anm. 11 S. 250, gegen Liszt-Schmidt 23. Aufl. § 137, Binding Lehrb. I, 444.

[2]) RG 21, 291; Leipz.Komm. Anm. 10 zu § 242 KO, Frank a. a. O.

schuldnerbegünstigung, führt mit rechtlicher Notwendigkeit dazu, der zuerst vom Gemeinschuldner entfalteten Tätigkeit die Relevanz abzusprechen, wenn es zur Ausführung seines Vorhabens gekommen ist. Dann hat rechtliche Bedeutung nur noch die Selbstbegehung des Deliktes des § 239 KO.

γγ) Im Geschäfts- bzw. Wirtschaftsleben wurzeln weiterhin Delikte gegen das Lebensmittelgesetz von 1927, das an die Stelle des NMG von 1879 getreten ist, denn auch hier ist Grund des täterischen Verhaltens, materielle Vorteile auf Kosten rechtlich geschützter und hier vor allem durchaus schutzbedürftiger Interessen zu erlangen.

Als Strafvorschrift kommt hier § 12 in Betracht und insofern, als er auf § 3 verweist, dieser als Bestandteil der Strafnorm. § 3 zählt in seinen beiden Absätzen eine Reihe von Tätigkeiten auf, die verboten sind, aus denen sich aber für die hier erfolgende Untersuchung zwei Gruppen herausschälen lassen, sowohl bei Abs. 1 wie bei Abs. 2. Die eine Gruppe bezieht sich auf den inneren Geschäftsbetrieb, auf die Produktion und Fertigstellung der Ware, die andere auf deren Auswirkungen nach außen, und zwar nicht bloß auf den eigentlichen Vertrieb, sondern schon auf die Möglichkeit dazu, sodaß sich — vom Hersteller aus gesehen — keine neue Arbeitstätigkeit an der Ware mehr in den gesamten Wirtschaftsprozeß einzuschieben braucht. Herstellung bis zum Verkauf einerseits, Verkauf andererseits sind die beiden Pole, um die hier das Problem der straflosen Vortat kreist. Der Gesetzgeber hat an jeden möglichen Fall des Produktionsprozesses gedacht und ihn im Falle der Möglichkeit einer Gesundheitsschädigung unter Strafe gestellt. Daraus kann man aber nicht etwa folgern, aus dieser eingehenden Regelung ergäbe sich die Eigenwertigkeit einer jeden dort bezeichneten Tätigkeit. Denn genau so wie ein Dieb, der auf einer Leiter in ein Haus eingestiegen und dann eine Zimmertür mit Gewalt eingedrückt hat, nicht wegen zweier schwerer Diebstähle, begangen durch Einsteigen und Einbruch, bestraft wird, sondern nur wegen eines Verbrechens nach § 243 Ziff. 2, so kann der, der gesundheitsschädliche Lebensmittel hergestellt und aufbewahrt hat, nicht wegen zweier Verbrechen gegen die §§ 12, 3 Abs. 1 a bestraft werden [1]). Aus dem Vergleich dieser Tatbestandsmerkmale mit denen der lit. b von § 3 Abs. 1 aber ergibt sich, daß für diese untereinander dasselbe gelten muß [2]).

[1]) Der Grund liegt hier in der juristischen Handlungseinheit, nicht etwa in der Unselbständigkeit der Herstellung.

[2]) Das Gleiche gilt natürlich für Abs. 2 a und b.

Wenn nun aber ein Vergehen gegen § 3 Abs. 1 a und b vorliegt, soll dann auch nur eine Handlung angenommen werden können oder mehrere und bejahendenfalls, in welchem Verhältnis stehen diese mehreren Handlungen zueinander? Das RG hat sich — allerdings noch für § 10 des NMG — zwar nicht für eine Handlung entschieden, wohl aber Realkonkurrenz abgelehnt aus der Erwägung, es entspräche nicht der Absicht des Gesetzgebers, „daß derjenige, welcher sowohl herstellte als auch verkaufte, und zwar letzteres in der Weise, wie er es sich bei der Herstellung vorgesetzt hatte, wegen zweier selbständiger Straftaten .... bestraft werden müsse“ [1]). Diese Ansicht, die wohl die heute herrschende Meinung wiedergibt [2]), vertritt das RG in bewußtem Gegensatz zu früheren Entscheidungen, die eine Bestrafung wegen Verfälschung und Verkauf für zulässig halten [3]). Zur Begründung der die Anwendung des § 74 StGB ablehnenden Entscheidung führt das RG aus, die frühere Tätigkeit sei nur der „durch die Natur der Sache selbst notwendig gemachte erste Schritt zur Realisierung der Absicht der Gesamthandlung .... und die verschiedenen Einzelakte gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet“ [4]). Schon hieraus aber geht hervor, daß ganz getrennte Handlungen vorliegen, und zwar anders und bei weitem mehr getrennt als die Tatbestände der einzelnen Buchstaben des § 3 untereinander, denn diese sind ja durch einen einheitlichen Produktionsprozeß miteinander verbunden, und daß ferner unter Umständen ein ganz erheblicher Zeitraum zwischen Herstellung und Verkauf liegen kann. Dann aber kann man nicht mehr von einer Handlung oder — nach RG — von einer „Gesamthandlung“ sprechen. Daß trotz der Handlungsmehrheit aber der Täter „in einzelnen Stadien gegen verschiedene Strafgesetze verstoßen mag, diese sukzessiven Momente aber keine Selbständigkeit gegeneinander besitzen“ [5]), läßt sich folgerichtiger daran erweisen, daß die eine Handlung als Vor-, die andere aber als Hauptat zu betrachten ist. Dieser gegenüber verliert erstere, wie in allen Fällen von strafloser Vortat, ihre Relevanz. Gewiß ist Realkonkurrenz dann möglich, wenn „beide Hand-

---

[1]) RG 11, 358.

[2]) Vgl. hierzu insbes. Stenglein I 753 ff.

[3]) So in Rspr. 9, 710 u. 10, 198.

[4]) RG 11, 359, ebenso dem Sinne nach in 25, 102 u. 41, 205.

[5]) RG 11, 359.

lungen innerlich unabhängig voneinander geschehen“[1]) und nicht aufeinander bezogen sind. Müßte aber nicht nach Ansicht des RG auch hier eine „Gesamthandlung“ angenommen werden? Während der Kommentar von Stenglein sonst meist der Ansicht des RG folgt, tritt er ihr hier mit Argumenten entgegen, die durchschlagend und von grundsätzlicher Bedeutung für alle Fälle sind, in denen nach RG eine Handlung, nach der hier vertretenen Ansicht straflose Vortat anzunehmen ist, nämlich: „Von Tateinheit.... wird man nicht sprechen dürfen. Es fehlt ja jegliche Gemeinsamkeit der äußeren Handlung, wie sie im § 73 vorausgesetzt wird. Die richtige Lösung ist vielmehr, daß in dem Augenblick, wo zur Herstellungshandlung die Vertriebshandlung hinzutritt, die Herstellungshandlung ihr strafrechtliches Eigenleben verliert und als bloße Vorbereitung in der Vertriebshandlung aufgeht.. Es ist also nur wegen der Vertriebshandlung zu verurteilen, insbesondere bei Zusammentreffen von § 3 Nr. 1 a mit 1. b oder von 2. a mit 2. b oder 1. a bzw. 2. b“[2]). Der „Verlust des Eigenlebens“ oder der Relevanz bildet in der Tat das wesentlichste Merkmal der Vortat. Wenn allerdings Stenglein behauptet, Entsprechendes wie bei Nr. 1. a mit 1. b usw. gelte, „wenn derselbe Täter mit demselben Gegenstand oder mit demselben Warenbestand nacheinander mehrere Vertriebshandlungen vornimmt, von denen die eine die Vorstufe der anderen ist (Vorrätighalten im Verhältnis zum Anbieten und Inverkehrbringen, Anbieten im Verhältnis zum Inverkehrbringen)“[3]), so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, daß es doch auf den innerhalb der einzelnen Gruppen untereinander bestehenden Produktionsprozeß ankommt oder m. a. W.: das Herstellen steht zum Verkaufen nicht ebenso wie etwa das Vorrätighalten zum Verkaufen. Die bereits angedeutete Cäsur im Produktionsprozeß ist zu beachten, und einen wesentlichen Anhalt dafür gibt die gesetzliche Regelung. Denn die Einteilung in die einzelnen Buchstaben ist durchaus nicht willkürlich geschehen, sondern hat den Sinn anzugeben, daß das Vergehen, das sich im Rahmen dieser einen Gruppe hält, ein anderes ist als das von der anderen Gruppe umfaßte, das aber innerhalb der einzelnen Gruppen das Prinzip der Einheitlichkeit der Handlung gilt.

---

[1]) Stenglein I. Anm. 7 zu § 12 S. 753.
[2]) Stenglein a. a. O.
[3]) Stenglein a. a. O.

β) Die Tatbestände des StGB allein konnten das gesamte sozialschädliche Verhalten nicht umfassen. Außer in den das Wirtschaftsleben betreffenden Strafbestimmungen wird das Gesicht der Zeit in den politischen Gesetzen, d. h. solchen, die im wesentlichen aus politischen Gründen, aus Gründen des Staatswohls und der Staatssicherheit erlassen sind, deutlich.

Das Republikschutzgesetz von 1930 bestraft in seinem § 1 schon allein die Verbindung oder Verabredung zu dem gemißbilligten Zweck. Daß dann, wenn auf Grund einer solchen Verabredung oder jedenfalls in Verfolg des mit dem Zusammenschluß erstrebten Zieles einer der Mitbeteiligten selbst die Ausführung der Straftat begeht oder wenigstens daran teilnimmt, daß dann also die Teilnahme — im Sinne von Täterschaft! — an der Verabredung oder Verbindung ihre selbständige Bedeutung verliert und den Charakter einer straflosen Vortat annimmt, bedarf nach den vorangegangenen Erörterungen keiner weiteren Begründung mehr [1]). Man könnte sogar das Delikt des § 1 als Gefährdungsdelikt bezeichnen, denn nach Ansicht des Gesetzgebers liegt schon in dem Bestehen einer solchen Verbindung die Gefahr, daß strafbare Handlungen dadurch leichter begangen werden [2]). Die Gefahr ist also hier allgemeiner als bei den sonst als Gefährdungsdelikt bezeichneten Straftaten. Das hindert aber nicht, daß auch hier die für das Verhältnis von Gefährdungs- und Verletzungsdelikt entwickelten Grundsätze Anwendung finden können. Außerdem ist noch darauf hinzuweisen, daß die „Tat" des § 1 nur dann ihre rechtliche Selbständigkeit verliert, „wenn durch das ausgeführte ..... Verbrechen der Zweck der Verabredung oder Verbindung erschöpft wird. Soweit der Zweck der Verabredung oder Verbindung über die durchgeführte Tätigkeit hinausgeht, bleibt die Strafbarkeit nach § 1 bestehen" [3]). Denn dann ist das Vergehen gegen § 1 nicht allein Vortat zu der begangenen Haupttat, sondern seine Eigenschaft als Gefährdungsdelikt bleibt bestehen. Seine Relevanz ist dann noch vorhanden.

Ebenso wie § 1 des Rep.SchutzGes. stellt auch § 7 des Gesetzes gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen von 1884 — entsprechend dem Namen und seinem Inhalt — ein Gefährdungsdelikt dar. Auch hier

[1]) Vgl. auch Stenglein II. Anm. 8 zu § 1 S. 879: „..... Straftat nach § 1 ..... bloße Vorbereitungshandlung ....".
[2]) Vgl. hierzu auch die §§ 128, 129 StGB.
[3]) Stenglein a. a. O.

folgt der Wegfall seiner rechtlichen Selbständigkeit im Falle der Verwirklichung des Verletzungsdelikts aus den allgemeinen Gesichtspunkten. Welches aber das Verletzungsdelikt zu § 7 ist, steht nicht ohne weiteres fest. Einerseits kann es der Tatbestand des § 211 StGB sein, wenn ein wohl vorbereiteter und überlegt ausgeführter Mord z. B. durch einen Dynamitanschlag begangen wird, andererseits auch der des § 5 Sprengstoffgesetz, der zwar seinerseits ein Gefährdungsdelikt ist, aber auf einer der Vollendung eines anderen Verbrechens näheren Stufe. Denn er bestraft die Herbeiführung der „Gefahr", § 7 aber die Tätigkeitsakte, die diese Herbeiführung erst ermöglichen. In jedem Falle kann man diese als „Vorbereitungshandlungen" bezeichnen, die sich auf „Sprengstoffverbrechen ohne bestimmte Richtung" [1]) beziehen, besser aber noch als straflose Vortaten bzw. Vortat, da ja ein strafbarer Tatbestand, auf den sie an sich zutreffen, vorliegt [2]).

Im Interesse der äußeren Staatssicherheit sind in dem Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse — genannt Spionagegesetz — eine Anzahl von Strafbestimmungen erlassen, die für die Probleme der straflosen Vortat insofern Bedeutung haben, als sie eingehend alle nur denkbaren Formen der Spionage unter Strafe stellen.

Dieses Streben nach weitestgehender Erfassung aller Möglichkeiten eines strafbaren Verhaltens im Hinblick auf ein zu schützendes Rechtsgut stellt überhaupt ein wesentliches Merkmal der Straftatbestände in den Nebengesetzen dar. Erwähnt seien hier vor allem das Gesetz betr. das Urheberrecht an Schriftwerken und das Lebensmittelgesetz. Die Folge dieser Kasuistik ist aber, daß bei tatsächlicher Verletzung des Rechtsgutes, um dessentwillen die Strafnormen und -drohungen geschaffen wurden, eine ganze Reihe anderer Straftatbestände außer Betracht bleiben müssen, weil sie nur Vorstufen der endgültigen Verletzung darstellen und dann meist den Charakter von straflosen Vortaten annehmen. Aus der Häufigkeit dieser Erscheinung in den Nebengeetzen läßt sich einmal der Schluß ziehen, daß da, wo eine solche kasuistische Regelung von Gesetzeswegen erfolgt

---

[1]) Stenglein I Anm. 13 zu § 7 S. 409.

[2]) Stenglein a. a. O.; RG 58, 298. — Da § 5 qualifiziertes Gefährdungsdelikt ist, vgl. auch Stenglein Anm. 23 zu § 5, wo jetzt im Gegensatz zu früheren Auflagen Tateinheit des Gefährdungs- und Verletzungsdelikts angenommen ist und nicht Gesetzeskonkurrenz.

ist, fast immer mit dem Vorhandensein einer straflosen Vortat, bzw. dem Unselbständigwerden gewisser Tatbestände gerechnet werden muß, ferner aber, daß der Gesetzgeber sich bemüht, diejenigen Gebiete, zu deren strafrechtlicher Beurteilung und Aburteilung die Vorschriften des StGB nicht ausreichen, nun besonders eingehend zu regeln, um dadurch die unzulängliche oder überhaupt nicht erfolgte Regelung im StGB gewissermaßen wieder wettzumachen. Beides zeigt sich deutlich im Spionagegesetz. In Betracht kommen hier nur die §§ 1, 3, 4 und 6, also der Verrat selbst, das Ausspähen und die Anknüpfung von Beziehungen, die zu einer Verrats- oder Ausspähungshandlung dienlich sein können.

Was den § 6 anlangt, so ist dieser, wie schon aus seinem Wortlaut, dann aber auch aus dem Sinn des Gesetzes und dem ganzen Zusammenhang der Vorschriften hervorgeht, „eine ausgeprägte Hilfsvorschrift“ [1]). Denn wenn der Zweck des Anknüpfens der Beziehung, also die Kenntnis oder der Besitz der Nachrichten im Sinne des § 3 erreicht ist, kommt das Vorstadium als rechtlich relevantes überhaupt nicht mehr in Betracht. In der Natur des § 6 liegt es begründet, daß er tatsächlich nichts anderes als Mittel zum Zweck ist. An dieser seiner Eigenschaft ändert sich aber auch dann nichts, wenn etwa die „eine Handlung, für sich allein betrachtet, das bloße Anknüpfen oder Unterhalten einer Verbindung“ bleibt, dann aber „doch in den..... Fortsetzungszusammenhang mit Verrat und Ausspähung einzubeziehen“ ist. Immer ist § 6 nur Vorstufe und muß, falls irgendein weiterer und strafbarer Schritt vom selben Täter in der beabsichtigten Richtung unternommen worden ist, als nunmehr unselbständiges Delikt unberücksichtigt bleiben.

Das gleiche gilt von § 3, wenn der bei der Ausspähung beabsichtigte Verrat durchgeführt oder strafbar versucht wird; auch er stellt dann nur noch eine straflose Vortat dar. Nicht aber ist er die notwendige Durchgangshandlung[2]), denn es ist sehr wohl denkbar, daß der Verrat ohne vorherige Ausspähung im Sinne des § 3 erfolgt.

Von § 3 unterscheidet sich § 4 nur durch die fehlende Absicht. An sich ist § 4 zunächst wie jeder andere Straftatbestand selbständiges Delikt. Wenn nun der Täter das nach § 4 Erlangte später zu einer wirklichen Verratshandlung im Sinne des § 1 benutzt, liegt dann zwischen diesen beiden Paragraphen

[1]) Stenglein II Anm. 11 zu § 6 S. 436.
[2]) Stenglein II Anm. 7 zu § 3 S. 430.

Realkonkurrenz vor? Handlungsmehrheit ist zweifellos gegeben, vorhanden ist aber auch eine Haupttat, nämlich der Verrat, und der Täter hat vorher noch etwas begangen, was ihm diesen Verrat überhaupt erst ermöglichte. Gewiß ist Stenglein zuzugeben, daß an sich die Tat des § 4 nicht Vorbereitung zu dem Verbrechen des § 1 ist[1]), aber soll der Täter, der von vornherein in der Absicht, später Verrat zu begehen, sich eines Vergehens der Ausspähung schuldig gemacht hat, wirklich milder bestraft werden als der, der diese Absicht nicht hatte und dann erst Verrat übt? Das wäre doch die Konsequenz der Stenglein'schen Ansicht; da er selbst die Ausspähung des § 3 nur für eine Vorbereitungshandlung erklärt, kommt bei Erfüllung des Tatbestandes des § 1 lediglich dieser in Betracht, handelte es sich aber um § 4, dann müßte gemäß § 74 StGB die Strafe aus § 1 erhöht werden, obwohl doch § 4 schon seiner Strafdrohung nach das wesentlich mildere Gesetz und weniger schwerwiegende Vergehen ist als der Tatbestand des § 3. Ein solch unbilliges Ergebnis aber kann keineswegs in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben. Es läßt sich dadurch vermeiden, daß man auch hier den Vorgang der Besitz- oder Kenntniserlangung als Vorbereitungshandlung auffaßt. Er war es nicht von vornherein, ist es aber geworden, wenn man nunmehr rückschauend „die Tat", und das ist doch der Verrat, betrachtet. Diese ist zur Haupttat geworden und hat dem ihr vorhergehenden Vorgang den Stempel der Irrelevanz aufgedrückt. Hinzu kommt hier ferner noch, daß nicht verschiedene Rechtsgüter verletzt sind, sondern beide Male dasselbe Rechtsgut: die Staatssicherheit. Dann aber liegt kein Grund mehr vor, lediglich aus der Tatsache, daß die eine Handlung nicht von Natur dazu bestimmt ist, die andere zu erzielen oder zu fördern, ihre dauernde Selbständigkeit abzuleiten.

Keine straflose Vortat aber liegt vor, wenn derjenige, der Nachrichten in den Besitz oder zur Kenntnis eines anderen gelangen läßt, sich also eines Vergehens gegen § 2 SpionageGes. schuldig macht, nunmehr den anderen zum Verrat gemäß § 1 bestimmt. Denn der Tatbestand des § 2 ist völlig selbständig und berücksichtigt in keiner Weise eine etwaige spätere Beteiligung am Verbrechen des § 1. Er bestraft lediglich die Verschaffung des Wissens, und wenn der Täter nunmehr den anderen zur Preisgabe anstiftet, dann ist diese Tätigkeit unabhängig

[1]) Stenglein II Anm. 5 zu § 4 S. 431.

von dem, was er vorher an strafbaren Handlungen verwirklicht hat. Hätte er die Nachrichten früher, wenn auch ohne den Vorsatz zu gefährden, nicht preisgegeben, so würde sich sein jetziges Verhalten bezüglich der Anstiftung zum Verrat auch nicht anders gestalten. Die beiden Handlungen sind nicht aufeinander bezogen, die eine ist nicht die Vortat vor einer Haupttat, sondern sie stehen selbständig, in echter Konkurrenz nebeneinander[1]).

II.

Jede Untersuchung, die sich mit dem geltenden Strafrecht befaßt, steht unter einem ungünstigen Stern; denn vor allem anderen taucht die Frage auf: wie stellen sich die Vorarbeiten zu dem künftigen Strafgesetzbuch, dem „Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch", zu dem zu behandelnden Problem?, ja hat es überhaupt noch Sinn, eingehende Erörterungen über das geltende Strafrecht anzustellen, und wäre es nicht viel praktischer und fruchtbarer, sich lediglich auf das werdende, neu zu schaffende Recht und Gesetz zu konzentrieren? Die Fragen zu verneinen mit dem Hinweis auf die — leider — stockenden, stagnierenden Arbeiten am Entwurf, mit dem Hinweis auf die innerpolitische Situation Deutschlands[2]), wäre nur allzu leicht. Sie müssen dennoch verneint werden, und zwar aus dem Grunde, weil alle Arbeit am geltenden Recht zugleich Arbeit für das kommende ist, sofern sie nur auf dieses bezogen und unter den Gesichtspunkt gestellt wird: was ergeben sich darauf für Folgerungen für den vorliegenden Entwurf und seine endgültige (Gesetzes-)Gestalt?

1. Allerdings erscheint die Frage nach dem Sinn und Wert einer Untersuchung von Konkurrenzproblemen des StGB besonders berechtigt in Anbetracht der radikalen Lösung, die der Entwurf in seiner jetzigen Fassung vorsieht. Die Zusammenziehung der Ideal- und der Realkonkurrenz in den einen § 65[3]) stellt eine der bemerkenswertesten und wichtigsten Aenderungen gegenüber dem geltenden Recht dar[4]). Was sollen also, so könnte

[1]) Im Ergebnis ebenso Stenglein II Anm. 5 zu § 2 S. 426.

[2]) Vgl. hierüber insbes. Kohlrausch in JW 1932, 2665/66.

[3]) Kohlrausch, Textausgabe „Entwurf eines Allgemeinen Deutschen StGB's nach den Beschlüssen des deutschen Reichstagsausschusses und den deutschen und österreichischen Strafrechtskonferenzen", 2. Ausgabe 1930.

[4]) Die Regelung des geltenden Rechts nehmen noch zur Grundlage a) der Vorentwurf von 1909 (§§ 90 ff.) mit der ausführlichen Begründung (S. 371 ff.), b) der Gegenentwurf dazu (§§ 99/100), c) der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 (§§ 39, 40), d) der Entwurf des Reichsjustizministeriums von 1919 (§§ 32, 33) mit Denkschrift (S. 47/48).

man fragen, die Untersuchungen über Handlungseinheit und -mehrheit und Verbrechenseinheit und -mehrheit, sie werden ja doch über kurz oder lang ohne iede praktische Bedeutung sein [1]). Die Voraussetzung dafür aber, daß jene „umfangreiche Literatur und Rechtsprechung .... ziemlich gegenstandslos werden" wird [2]), ist durchaus noch nicht als gegeben anzusehen, denn gerade § 65 und der ihm zugrundeliegende Gedanke hat in der strafrechtlichen Wissenschaft schärfste Ablehnung erfahren.

Wesentlich bestimmend für die künftige Regelung der Konkurrenzfrage war, „daß die oft schwierige und zweifelhafte Abgrenzung der beiden Konkurrenzformen (nämlich Ideal- und Realkonkurrenz) voneinander meist in keinem Verhältnis zu dem praktischen Wert der Unterscheidung steht" [3]). Zugegeben, daß die Unterscheidung und Entscheidung: Ideal- oder Realkonkurrenz unter Umständen schwierig sein kann, die größeren Schwierigkeiten und Zweifel entstehen doch erst dann, wenn es sich darum handelt: Real- oder Gesetzeskonkurrenz? Und hierüber sagt der Entwurf gar nichts. Gewiß gehen „die einzelnen Phasen eines deliktischen Vorganges, die einzelnen Stadien eines auf ein einheitliches Ziel gerichteten Handelns .... oft derartig ineinander über, daß eine Entwirrung der sich kreuzenden Pläne und Ausführungsakte und ihres gegenseitigen Verhältnisses" [4]) schwierig ist, sie aber als „ganz unmöglich" (Schultz) zu bezeichnen, dürfte eine Kapitulation sein, die durchaus nicht nötig ist.

Daß die Gesetzeskonkurrenz nicht unter § 65 fällt, geben die Motive zum Entwurf von 1925 selbst zu: „Von der Verletzung mehrerer Strafgesetze verschieden ist der Fall der Gesetzeskonkurrenz. Sie liegt vor, wenn auf eine Tat zwar dem Wortlaut nach mehrere Strafvorschriften zutreffen, sich aber aus dem Verhältnis der Vorschriften zueinander ergibt, daß in Wirklichkeit nur eine von ihnen verletzt ist.... Ein Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen liegt mithin bei der Gesetzeskonkurrenz nicht vor" [5]). Daraus aber ergibt sich, daß sich die Schwierigkeiten und Zweifel nicht vermindern, sondern gerade verschärfen würden, weil die Strafbemessung bei Vorliegen von Idealkonkurrenz nur nach anderen Gesichtspunkten, nämlich

[1]) So in der Tat Schultz in JRdsch. 1928 I S. 65.
[2]) Schultz a. a. O.
[3]) Mot. z. E. 25, 48, desgl. Schultz a. a. O. S. 66; Coenders S. 10.
[4]) Schultz a. a. O.
[5]) Begr. zu E. 25, 48 und Begr. zu E. 27, 51.

durch Erhöhung des anzuwendenden niedrigsten Strafrahmens, erfolgen soll (§ 66 I)[1]). Außerdem ist aber auch die Unterscheidung von Ideal- und Realkonkurrenz durchaus berechtigt. „Die beiden Fälle (Handlungseinheit einer-, Handlungsmehrheit andererseits) sind nach Wesen und Strafwürdigkeit verschieden. Ihr Zusammenwerfen würde einen Rückschritt in der Erfassung der Eigenart der Tatbestände bedeuten und zugleich zur Aufstellung eines einheitlichen Strafrahmens zwingen, der zu eng oder zu weit wäre, daher die Gerechtigkeit der Strafzumessung gefährden würde“[2]). § 65 des Entwurfs spricht letzten Endes nur etwas Selbstverständliches aus, nämlich die Festsetzung „einer Strafe“. Das aber war und ist ja jetzt auch bei Vorliegen von echter Realkonkurrenz der Fall, denn es wird ja, sofern es sich um die Aburteilung mehrerer Straftaten desselben Täters in einem Verfahren handelt, auch nur eine Strafe festgesetzt, die aus zwei oder mehreren an sich verwirkten gebildet wird[3]). Deshalb bedurfte es dieser Hervorhebung im Entwurf zur Charakterisierung des Gegensatzes zum heute geltenden Recht nicht. Die Voraussetzung, von der der Entwurf dabei ausgeht, ist ebenfalls irrig, denn die praktischen Schwierigkeiten bei Unterscheidung von Ideal- und Realkonkurrenz sind längst nicht so groß, daß man überhaupt nicht mehr dieses Problems Herr werden könnte. Handlungseinheit und Handlungsmehrheit lassen sich bei Analyse der einzelnen Vorgänge sehr wohl trennen, nicht aber läßt sich ein Bewertungsmaßstab für ihre Relevanz gesetzlich fixieren. Das konnte also und wollte auch der Entwurf nicht tun, andererseits aber hat er auch nicht vermocht, die Unterscheidung von Handlungseinheit und Handlungsmehrheit zu erleichtern.

Gerade die Regelung im § 66 würde in ihrer praktischen Auswirkung Folgen zeitigen, die der Gesetzgeber bestimmt nicht beabsichtigt hätte, worauf insbesondere Lobe und Wachenfeld

---

[1]) Kohlrausch in Aschrott-Kohlrausch, S. 9; Bär S. 53.

[2]) Hippel, in ZStW. 42, 540; vgl. auch ders. in ZStW. 47, 60.

[3]) Eine Ausnahme besteht allerdings beim Zusammentreffen von Mord und einem anderen Delikt, weil hier zwei unvereinbare Strafarten zusammentreffen. Aber sollte lediglich deshalb, weil es widersinnig erscheint, jemanden zu zweimaliger Todes- oder zu Todes- und Freiheitsstrafe zu verurteilen, der große Unterschied von Real- und Idealkonkurrenz fallen? Falls man sich nicht zur Abschaffung der Todesstrafe entschließt, würde eine besondere Bestimmung für diese Fälle dem jetzigen Zustand auch abhelfen, wie es ja auch in den §§ 74 ff. StGB für andere Strafarten geschehen ist.

hingewiesen haben. „Die real konkurrierenden Delikte bedürfen doch schon deshalb je einer besonderen Straffestsetzung, weil möglicherweise in einer höheren Instanz wegen des einen oder des anderen Freisprechung erfolgen kann. Dann müßte, wenn eine besondere Strafsatzung fehlt, zur Nachholung eine neue Verhandlung stattfinden“ [1]). Dies die Konsequenz des Fehlens einer Gesamtstrafenbildung, wo nicht wie jetzt im Urteil das für angemessen erachtete Maß für jede einzelne Straftat bestimmt und dann erst eine einheitliche Strafe gebildet wird. „Dem späteren Richter würde ja der Maßstab für die Herabsetzung der Gesamtstrafe völlig fehlen. Die bei der Realkonkurrenz auszusprechende Gesamtstrafe hat lediglich den Charakter einer für den Strafvollzug nötigen rechnerischen Einheit. Die Strafe bei der sogen. Idealkonkurrenz ist aber die durch das Delikt selbst verwirkte .... Solche verschiedenen Dinge lassen sich selbst dann nicht unter eine einzige Regel bringen, wenn man die Gesamtstrafe ganz nach der Art einer verwirkten Einzelstrafe bilden läßt.“ [2]).

Selbst Wegner als Anhänger der Regelung des Entwurfs [3]) findet Hippels Bedenken beachtlich, daß bei der Idealkonkurrenz alle verletzten Gesetze ermittelt und angegeben werden müßten, da sonst ein Revisionsgrund vorliegen und bei Nichterwähnung eines Gesetzes die Frage auftauchen könnte: liegt res iudicata vor oder nicht? Der Hinweis aber, daß durch die Regelung des Entwurfs zwecklose Rechnerei erspart würde [4]), ist damit zu entkräftigen, daß dies gerade im Hinblick auf später auftauchende Zweifelsfragen nicht zwecklos ist, und außerdem werden die Teilstrafen nicht auf „mysteriöse Art auf die Gesamtstrafe zurückgeführt“, sondern entsprechend der klaren gesetzlichen Fassung des § 79 StGB. Wenn Wegner aber gegenüber Lobe's Bedenken in einer „Verschiebung des ganzen Bildes“ und in einer „Gesamtrevision des Strafausspruches“ gerade einen Vorteil sieht, weil sich die „Gesamtbewertung nicht in einzelnen Teilen nur ... (sondern) ... im Ganzen als falsch erwiesen“ hat [5]), so ist er die Begründung dafür schuldig geblieben, inwiefern die eine der mehreren selbständigen Taten, von denen der Entwurf doch ausgeht, nunmehr in der Rechtsmittelinstanz

[1]) Lobe in JW 1925, 883.
[2]) Wachenfeld in Goltd.A. 69, 363.
[3]) in Kohlrausch-Aschrott, Reform, S. 182 (Sonderdruck).
[4]) Wegner a. a. O. S. 183 .
[5]) Wegner a. a. O. S. 184.

anders bewertet werden soll als vorher, wo sie nicht allein, sondern zusammen mit einer anderen selbständigen Tat für die Strafe bestimmend war. Wäre es wirklich so, dann hätte sich die eine Instanz davon beeinflussen lassen, daß gerade in dem einen Verfahren mehrere Taten desselben Rechtsbrechers abgeurteilt werden und dies auch im Strafmaß zum Ausdruck gebracht. Sollte es wirklich zulässig sein, solchen Zufallsentscheidungen den Weg zu ebnen? Daß es andererseits nur von der Zufälligkeit der Fallgestaltung abhängt, ob der Täter mit einer Willensbetätigung einen juristischen Erfolg erzielt oder „ob er zur Herbeiführung desselben mehrfach tätig wird" [1]), kann nicht anerkannt werden, denn gerade die Intensität der verbrecherischen Willensbetätigung spielt doch eine große Rolle. Dann aber ist die Art der Erzielung eines juristischen Erfolges nicht vom Zufalle, sondern vom Täter selbst abhängig. Dies gibt auch Honig zu, wenn er „den nicht ableugbaren Gegensatz von einer Tat und mehreren selbständigen Taten im Gesetz weiterhin .... betont" sehen will [2]).

Wie auch immer die endgültige Entscheidung des Gesetzgebers in der Frage des „Zusammentreffens mehrerer Gesetzesverletzungen" ausfallen wird, — ob sie sich an den § 73 des geltenden Rechts anschließen und nur etwa die Behandlung der Idealkonkurrenz modifizieren oder ob sie die vorgesehene Regelung des Entwurfs in seiner vorliegenden Fassung akzeptieren wird — soviel steht fest, daß die straflose Vor- und Nachtat nicht gesetzlich geregelt werden wird, soviel aber auch, daß es trotz des Wegfalls der Unterscheidung von Real- und Idealkonkurrenz notwendig bleiben wird, die Vortat von der Haupttat und diese von der Nachtat und beide von der echten Konkurrenz abzugrenzen.

§ 65 spricht nun allerdings von einer „Tat" im Gegensatz zu § 73 StGB, der „eine und dieselbe Handlung" voraussetzt,

[1]) Honig in Ger.S. 92, 117.

[2]) Für die Regelung des Entwurfs außer den bereits Zitierten insbes. Coenders, S. 40 und 40/50 ff.; Honig Studien, S. 9, 12 u. 142; Bernier S. 77/78; Bar S. 53; Wach in DJZ 1930, 537 und vor all diesen bereits Schütze in ZStW 3,50: „So liegt denn der radikale Gedanke nahe, ob nicht die sogen. Konkurrenz aus dem materiellen Strafrecht gänzlich auszustoßen und durch einige wenige Vorschriften für das Strafverfahren, also die Strafprozeßordnung ... zu ergänzen sei."

Gegen den Entwurf außer den bereits Zitierten: Liszt in ZStW 30. 270; Gerland, Entwurf, All. T. 1925, 84; Kohlrausch in Aschrott-Kohlrausch Reform S. 8 ff.

und man könnte meinen, dieser Unterschied in der Fassung der Paragraphen sollte auch einen sachlichen bedeuten, indem nämlich der § 65 des Entwurfs einen ganzen Handlungskomplex, also auch mehrere Handlungen unter dem einheitlichen Begriff der Tat zusammenfasse. Man könnte danach weiter folgern, daß nicht nur die natürliche, sondern auch die juristische Handlungseinheit unter § 65 falle, denn es komme ja bei der vorgesehenen Regelung gar nicht mehr darauf an, ob Idealkonkurrenz im üblichen Sinne vorliegt, da dieser Begriff verschwinden und in dem der Tat aufgehen soll, zumal auch im Gegensatz zu verschiedenen Vorschlägen [1]) und dem Entwurf von 1919 das fortgesetzte Delikt nicht ausdrücklich geregelt ist. Dennoch aber ergibt sich aus dem Zusammenhang der §§ 65/66 ff. und der Ueberschrift des Abschnittes, daß mit dem Wort „Tat" nichts anderes gemeint sein soll als mit „Handlung" im Sinne des § 73 StGB. Dessen V. Abschnitt spricht vom „Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen", der IX. des Entwurfs vom „Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen". Nach den Motiven und der Absicht der Verfasser des Entwurfs sollte damit lediglich klargestellt werden, daß es dem immanenten Willen des Strafgesetzgebers nicht entspräche, auf Grund von zufälligem Zusammentreffen von Handlungen das eine Gesetz auszuschalten, wie es jetzt unter Umständen bei der Idealkonkurrenz der Fall ist, sondern daß die tatsächliche Verwirklichung von Gesetzen auch zu ihrer aller Anwendung führen soll. Reform der Idealkonkurrenz ist also leitender Gesichtspunkt. Ist dem aber so, dann läuft „die praktisch bedeutsame Grenzlinie ... nach dem Entwurf nicht mehr zwischen Ideal- und Realkonkurrenz, sondern zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz. Die Probleme der Gesetzeskonkurrenz werden daher im Entwurf doch größere Beachtung finden müssen als bisher" [2]). Die straflose Vortat wurde im Laufe dieser Untersuchung zwar nicht unter die Gesetzeskonkurrenz, sondern unter die Verbrechenseinheit trotz und bei Handlungsmehrheit und in die unechte Realkonkurrenz eingereiht. Von dieser Auffassung abzugehen liegt aber auch in Anbetracht der Regelung des Entwurfes keine Veranlassung vor. Mit der Auffassung der Gesetzeskonkurrenz als eines nur scheinbaren Zusammentreffens von Gesetzen, von denen eines unter bestimmten Voraussetzungen und unter Berücksichtigung der

[1]) Gerland, Entw. S. 85; Honig in Ger.S. 92, 123; vgl. auch in Studien S. 140 ff.

[2]) Bär, S. 53.

gesetzgeberischen Motive und Gesamtumstände ausgeschieden wird, hat die Einordnung der straflosen Vortat das Ergebnis gemein, während der Unterschied in der verschiedenartigen Bewertung der Handlungen liegt. Gerade zur Anwendung des § 65 wird es aber von Bedeutung sein und ebenso bleiben wie bei § 74 StGB, ob wirklich jemand „mehrere selbständige Taten" begangen hat. „Ob auf eine einzige Handlung mehrere Paragraphen anwendbar sind, ist freilich häufig eine Doktorfrage. Aber ob der Täter mehrere selbständige Handlungen begangen hat, ist für die Beurteilung seiner kriminellen Persönlichkeit oft von entscheidender Bedeutung" [1]). Diese kann man auch nicht mit dem Hinweis darauf abschwächen, daß ja in jedem Falle nur noch eine Strafe festgesetzt werden soll (§ 65); denn gerade § 66 setzt eine Konkurrenz von Gesetzen voraus („Die Strafe wird nach dem Gesetz bestimmt, daß ..."), die der Richter aufzulösen und in eine einzige Strafe umzuwandeln hat. Eine solche Konkurrenz liegt aber bei strafloser Vor- und strafbarer Haupttat gar nicht vor, weil hier weder dieselbe Tat vorliegt — es sind ja gerade Vor- und Haupttat zu unterscheiden — also auch nicht „die Tat dasselbe Strafgesetz mehrmals" verletzen kann, noch „mehrere selbständige Taten" begangen sind. Das aber ist der große Unterschied zu der Regelung, die die wirkliche, echte Konkurrenz gefunden hat, bzw. finden soll, denn bei ihr wird die Strafe nicht ausschließlich nach dem einen Gesetz bestimmt, weder nach § 74 StGB noch nach § 66 des Entwurfs. Daß dann nicht mehr „Gesamtstrafe" (§ 74 III StGB) herauskommt, sondern nur „eine Strafe" (§§ 65 ff.), ist hierfür unerheblich; denn das Wesentliche ist die Verschiedenheit der Voraussetzungen bei echter und unechter Konkurrenz: hier auf Grund wertabwägender Betrachtung eine, dort mehrere Gesetzesverletzungen, die als strafbar in Betracht kommen. Dann aber bleibt es genau so nötig wie im geltenden Recht zu unterscheiden, ob der eine Vorgang etwa auszuscheiden hat, da er infolge wertabwägender Betrachtung unselbständig wird, oder ob seine Relevanz so stark ist, daß er auch gegenüber dem späteren Geschehen als eine echte Tat erscheint.

Was für die Vortat gilt, ist entsprechend anwendbar auf die Nachtat, denn auch bei ihr kommt es auf die Selbständigkeit bzw. bei Vorhandensein einer Nachtat auf das Fehlen der Selbständigkeit an. Dafür aber wie auch wiederum entsprechend bei der Vortat müssen dieselben Grundsätze gelten, die schon

[1]) Kohlrausch a. a. O. S. 8.

im geltenden Recht für den Begriff und seine Auswirkung maßgebend waren. Hierbei zeigt sich wieder, daß diese scheinbar umstürzende und einschneidende Regelung des Entwurfes im Grunde nur zu einer Verschiebung und Verlagerung der Probleme führt; ob „dieselbe Tat" oder „mehrere selbständige Taten" wird, falls § 65 Gesetz wird, unerheblich sein, nicht aber, ob „mehrere selbständige Taten" oder eine selbständige und eine unselbständige Tat, m. a. W., ob eine strafbare Haupttat und eine straflose Vor- oder Nachtat.

Erwähnung bedarf in diesem Zusammenhang ein wesentlicher Unterschied der Regelung des Entwurfes vom geltenden Recht, nämlich der Wegfall der Akzessorität der Teilnahme: „Wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine Tat ausführt, wird als Anstifter gleich einem Täter bestraft." (§ 29 des Entwurfs) [1]). Würde § 29 also Gesetz werden, dann ist es für die Bestrafung gleichgültig, ob jemand physischer oder nur psychischer Urheber der Tat war. Wenn nun der Täter selbst zunächst einen anderen zur Tat veranlaßt, dann ist er selbst bereits „als Täter" zu bestrafen und müßte, wenn er nachher sich nunmehr noch an der Ausführung des Delikts bestraft, wiederum „als Täter" — nach § 28 des Entwurfs — bestraft werden. Hat er dann mehrere selbständige Taten im Sinne des § 65 des Entwurfs begangen? Die Frage muß aus denselben Gründen wie im geltenden Recht verneint werden, denn auch hier verliert die erstere Tätigkeit, die Veranlassung, ihre rechtliche Bedeutung, weil eine Haupttat da ist, nämlich die täterschaftliche Mitwirkung. Das kann der Wegfall der Akzessorität nicht bedeuten, daß dann etwa jede Teilnahmetätigkeit ohne Rücksicht auf späteres Tun ihr strafrechtliches Eigenleben behält. § 29 will vor allem die Fälle der mittelbaren Täterschaft umfassen [2]) nicht aber kann er dazu führen, jemanden etwa zweimal „als Täter" zu bestrafen. Hier wird diese Fiktion der Täterschaft besonders deutlich, eine Fiktion, die der Grundlage entbehrt, wenn die fingierte Eigenschaft zum tatsächlichen Geschehen wird. Der fingierte Tatbestand tritt dann als strafrechtlich relevanter nicht mehr in Erscheinung, und er ist, soweit er einmal erheblich war, straflose Vortat.

[1]) Vgl. über diese Frage die bereits umfangreiche Lit.: außer der Begründung zu E. 25, 26 ff. u. E. 27, 28 ff., Olshausen Nr. 28 zu § 48 S. 222; Hippel ZStW 42, 533 ff.; Kern in Ger.S. 92, 128 ff.; Gerland S. 54 ff.; Lobe a. a. O. S. 883; Kohlrausch u. Wegner, a. a. O. S. 31 ff, bzw. 114 ff.

[2]) Vgl. die in der vorigen Anm. Zitierten.

Ebenso wie bei der Teilnahme im Verhältnis zur Täterschaft wird sich aber auch sonst bei der Mittel-Zweckbeziehung der Delikte oder dem Verhältnis von Gefährdung oder Verletzung in Bezug auf die straflose Vortat nichts ändern, wenn der Entwurf in seiner jetzigen Gestalt Gesetz würde. So stellen die §§ 87, 88 des Entwurfs straflose Vortaten dar, wenn es tatsächlich zu einer hochverräterischen Handlung des § 86 kommt, während z. B. § 154 III des Entwurfs nur lex specialis zu § 326 I ist, da nicht eine Mehrheit von Handlungen vorliegt, sondern in Bezug auf die Beschädigung von Sachen natürliche Handlungseinheit, in Bezug auf die Paragraphen zueinander echte Gesetzeskonkurrenz.

§ 188 z. B. ist genau so zu behandeln wie § 159 StGB, § 196 des Entwurfs wie § 49 a StGB, § 199 des Entwurfs wie § 139 StGB.

Straflose Vortat ist die Verabredung zur Tötung (§ 251 des Entwurfs) für denjenigen, der dieser Verabredung gemäß handelt, ebenso § 265 a, falls der Täter durch die Ueberanstrengung etwa die Herbeiführung einer schweren Körperverletzung im Sinne des § 260 des Entwurfs beabsichtigt und erreicht hat. Die Strafe wäre dann allerdings allein aus § 262 zu entnehmen.

Der Tatbestand des § 271 steht zu dem des § 270 genau so wie § 201 StGB zu § 205 StGB, und an der den Tatbeständen der §§ 123 und 241 des geltenden Rechts von Natur aus innewohnenden zusätzlichen Bedeutung hat sich auch bei den §§ 277 und 278 des Entwurfs nichts geändert.

Eine gänzliche Neuregelung sieht der Entwurf in seinem 26. Abschnitt, überschrieben „Diebstahl und Unterschlagung", vor. Insbesondere sind die Tatbestände der unberechtigten Aneignung (§ 334) und der dauernden Entziehung von Sachen (§ 337) neu geschaffen.

Aus dem Wortlaut des § 334 folgt schon, daß er eine Zueignung ohne Bereicherungsabsicht voraussetzt, also von den §§ 328 und 333 des Entwurfs wesensverschieden und auch keine zeitliche Beziehung zwischen ihnen denkbar ist, so daß schon hierin die Unmöglichkeit seiner Auffassung als einer Vortat liegt.

Anders bei § 337, dem furtum usus. Der „usus" kann leicht dazu führen, daß aus der Absicht, lediglich Nachteil zuzufügen, eine Bereicherungsabsicht wird, und da sich dann der Gegenstand „nicht im Gewahrsam eines anderen", sondern dem des

Täters selbst befindet, läge beispielsweise dann, wenn der Täter die Sache verkauft, Unterschlagung gem. § 333 des Entwurfs vor; denn die Zueignung liegt in der Verfügung über die Sache, gleich als ob der Täter selbst verfügungsberechtigt wäre. Dann aber wird die bloße Gebrauchsentziehung des § 337 ihrer ehedem selbständigen Bedeutung entkleidet und sinkt zu einer unselbständigen Tat, einer straflosen Vortat herab, weil alleinige Bedeutung und Relevanz der Unterschlagung als Haupttat zukommt. Außerdem ist beidemal ein Eingriff in dasselbe Rechtsgut erfolgt, nämlich in die Integrität fremden Eigentums.

Die meisten Uebertretungen sind ebenso wie im geltenden Recht Delikte geringerer Relevanz, was schon aus ihrer ganzen Stellung im System des StGB wie auch des Entwurfes folgt. Aus ihrem Wortlaut aber bereits ergibt sich ihre Eigenschaft als straflose Vortaten im Falle der Verwirklichung der — hier könnte man sagen: dazu gehörigen — Haupttaten, z. B. bei § 408 Ziff. 2—4 im Falle einer Verletzung der dort geschützten Rechtsgüter und z. B. bei § 411 im Falle eines späteren Vergehens gegen § 361.

Die Probleme der straflosen Vortat werden also im Entwurf ebenso von Bedeutung für die Gesetzesanwendung, Gesetzesauslegung und Strafbemessung sein, wie sie es im geltenden Recht bereits sind.

Lebenslauf.

Am 3. Juni 1910 bin ich in Rybnik (Polnisch-Oberschlesien) geboren. Mein Vater ist der Kaufmann Ludwig Lilienfeld in Beuthen O./S. Ich besuchte die humanistischen Gymnasien in Rybnik und Beuthen und bestand am 23. Februar 1928 das Abiturientenexamen. Dann studierte ich das 1. und 3. Semester in Freiburg, das 4. in München, das 2., 5. und 6. in Berlin und machte am 11. Februar 1932 das Referendarexamen am Kammergericht. Das Rigorosum bestand ich am 19. Dezember 1932 cum laude.